UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE

ET

THÉORIE DE L'EXÉCUTION TESTAMENTAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

LOUIS DULAC

Avocat à la Cour d'Appel

TOULOUSE

IMPRIMERIE SAINT-CYPRIEN

27, ALLÉES DE GARONNE, 27

—

1899

DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE

ET

THÉORIE DE L'EXÉCUTION TESTAMENTAIRE

UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE

ET

THÉORIE DE L'EXÉCUTION TESTAMENTAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Louis DULAC

Avocat à la Cour d'Appel

ACAD.
LEGISLAT.
BIBL.

TOULOUSE

IMPRIMERIE SAINT-CYPRIEN

27, ALLÉES DE GARONNE, 27

—

1899

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. PAGET, ✻, Doyen, professeur de Droit romain.
DELOUME, ✻, professeur de Droit romain.
CAMPISTRON, professeur de Droit civil.
WALLON, professeur de Droit civil.
BRESSOLLES, professeur de Procédure civile.
VIDAL, professeur de Droit criminel.
HAURIOU, professeur de Droit administratif.
BRISSAUD, professeur d'Histoire générale du Droit.
ROUARD de CARD, professeur de Droit civil.
MÉRIGNHAC, professeur de Droit international public et privé.
TIMBAL, professeur de Droit constitutionnel.
DESPIAU, professeur de Législation française des finances et de Législation et Economie industrielles.
HOUQUES-FOURCADE, professeur d'Economie politique.
FRAISSAINGEA, professeur de Droit commercial.
MARIA, agrégé, chargé des Cours d'histoire du Droit public français et histoire des doctrines économiques.
GHEUSI, agrégé, chargé des Cours de Droit Maritime et de Droit Civil comparé.
HABERT, secrétaire.
HUC, ✻, professeur honoraire.
POUBELLE, O. ✻, professeur honoraire

Président de la Thèse : M. WALLON.

Suffragants : MM. BRISSAUD. GHEUSI.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

À MA FIANCÉE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552705_0030

Bibliographie

Annuaire de législation étrangère.

ARNTZ. — *Cours de droit civil français*, t. I. (Bruxelles, 1860).

AUBRY ET RAU. — *Droit civil*, t. VII (4me édit., 1879).

BACQUET. — *Œuvres augmentées*, par Cl. de Ferrières : *Droit de bâtardise.*

BEAUMANOIR. — *Coutumes de Beauvoisis*, t. I.

BESELER. — *Von dun Testamentsvollziehern (Zeitschrift für deutsches Recht, Band IX).*

BESELER. — *Die Lehre von den Erbvertragen, (Band I).*

BOISSONADE. — *Projet du Code Civil du Japon* (1890-91).

BOUVIER-JOHN. — *A law dictionary of the United States of America* (1830).

CANGE (Du). — *Gloss. med et inf. latinitatis*, v° *Eleemosyna* (1840).

CANGE (Du). — *Glossaire français* (1878).

COIN-DELISLE. — *Donations et Testaments* (1841).

COLMET DE SANTERRE. — (*Cont. de Demante*). *Cours de Code Civil*, t. IV.

COQUILLE (Guy). — *Questions sur les coutumes.*

DALLOZ. — *Dictionnaire*, t. II.

DALLOZ. — *Répertoire*, t. XVI.

DELVINCOURT. — *Cours de Code Civil* (1824).

DEMÈTRE (Alexandresco) — *Lois de Roumanie* (1898).

DEMOLOMBE. — *Traité des Testaments*, t. V (1846).

DENIZART (Nouveau). — *Collection de décisions nouvelles* (1783).

DUMOULIN. — *Sur la coutume de Paris.*

DURAND DE MAILLANE. — *Dictionnaire de droit canonique*, t. VII (1770).

DURANTON. — *Cours de Droit français* (1837).

FENET. — *Travaux préparatoires du Code civil.*

FURGOLE. — *Traite des Testaments*, t. IV (1766).

GRENIER. — *Donations et Testaments*, t. I (1812).

GIRAUD. — *Précis de l'ancien droit coutumier français*, 2me édit. (1875).

GUYOT. — *Répertoire*, t. VII.

GANS. — *Das Erbrecht des Mittelalters*, t. IV.

HUC ET ORSIER. — *Code civil italien.*

J.-C. HUDSON. — *The executor guide* (*new and elarged edition*, London, 1870).

DE LAGRASSERIE. — *Resumé analytique des principaux codes civils de l'Europe et de l'Amérique*, 1897.

LAURENT. — *Droit civil*, tome XIV, 1872. *Avant-projet de revision du Code civil belge ; Droit civil international*, tome VII.

LEHR. — *Droit civil anglais*, 1885 ; *Droit civil ger-*

manique, 1875 ; *Droit civil russe,* 1875 ; *Droit civil du canton de Zurich de 1887,* 1890 ; *Droit civil espagnol,* 1890.

Lepelletier. — *Code civil portugais,* 1894.

Loysel. — *Institutes coutumières avec notes de Laurière,* 1846.

Marcadé. — *Éléments de Droit civil français* (cont. par Paul Pont) ; *Explication théorique et pratique du Code civil.*

Merlin. — *Répertoire,* tome VI.

De Meulenaere. — *Code civil allemand,* 1897.

Mourlon. — *Répétitions écrites,* tome II (10e éd. rev. par Demangeat, 1877).

Pauli. — *Abhandlungen aus dem lübischen Recht.* III.

Pothier. — *Donations et Testaments* (Œuvres annotées par M. Bugnet, 1848).

Poujol. — *Donations et Testaments sur art. 1031,* 1836.

Ragueau de Laurière. — *Glossaire du Droit français,* nouv. éd. publiée par L. Favre, 1882 ; *Nouvelle Revue historique du Droit,* 1880.

Ricard. — *Donations et Testaments* (avec les notes et additions de M. Bergier, 1783.

Saintespès-Lescot. — *Des Donations entre vifs et des Testaments,* 1855.

J.-J. Scholz III. — *Die deutschen Salmannen in Beziehung auf Testamentsvollziehung (Zeitschrift für civil recht und Process.* Band XX.

M. Serjeant-Stephen's. — *New commentaries of the laws of England (partly founded ou Blackstone),*

7e ed. by James Stephen esq. L L. D. London Butterforths, 1874.

STOBBE. — *Ueber die Salmannen (Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Band VII.

TAULIER. — *Théorie du Code civil*, tome IV, 1840.

THÉVENIN. — *Textes relatifs aux institutions privées aux époques mérovingienne et carlovingienne*, 1887.

TOULLIER. — *Droit civil*, tome V, 1843.

TRIPELS. — *Codes néerlandais traduits*, 1886.

TROPLONG — *Donations et Testaments*, tome IV, 1855.

VAZEILLE. — *Résumé et Conférence des commentaires du Code civil sur les successions* n° 3, 1837.

VIOLLET. — *Précis de l'Histoire du Droit français*, 1884.

WINDSCHEID. — *Lehr buch des Pandektenrechts*, 4e éd., 1882, III.

ZACHARIÆ. — *Cours de Droit civil français rem. par Aubry et Rau*, 1846 ; *Le Droit civil français traduit de l'allemand par Massé et Vergé*, 1866.

PREMIÈRE PARTIE

Historique. — Origines et Développement.

Quelle est l'origine de l'exécution testamentaire? Par quelle élaboration, après quelle succession de changements est-elle arrivée à l'organisation et au fonctionnement qu'elle a de nos jours?

Telles sont les premières questions à se poser au début de cette étude.

La recherche de la formation progressive d'une institution est ordinairement fertile en discussions et en controverses : la matière que nous traitons n'a pas échappé à cette règle commune et plusieurs systèmes ont été énoncés.

La grande majorité des auteurs français attribue à l'institution des exécuteurs testamentaires, une

origine purement française ; ils la trouvent dans les « eleemosynarii », qui, dès le sixième siècle, étaient fréquemment chargés par nos vieilles coutumes de l'acquittement de legs pieux (1).

M. Arntz combattant cette théorie écrit :

« Nous croyons que le doute s'évanouit devant les documents de l'histoire, que cette institution est d'origine romaine et que par l'influence de l'Eglise et du droit canon elle s'est développée, répandue et introduite dans les pays coutumiers (2). »

Nous allons d'abord rechercher dans le droit romain les vestiges de notre institution, qui ont amené la conclusion de M. Arntz.

Repoussant en même temps que sa théorie, celle de l'origine purement coutumière de l'exécution testamentaire, nous rechercherons sa véritable formation dans le droit germanique.

Dans l'origine du droit romain, la propriété n'appartenait pas à l'individu, mais à la famille : le droit de tester était donc complètement inconnu et la dévolution des biens du défunt était indépendante de sa volonté.

Les Douze Tables (3), reconnurent le droit de tester mais le soumirent à de nombreuses formalités.

D'abord l'homme qui déshéritait sa famille devait le

(1) Grégoire de Tours. *De miraculis sancti Martini.* Liv. II, Ch. VII, *de Vitis Patrum,* c. VIII.

(2) *Cours de Dr. C. Français,* I. 2110, de même M. Rivier. *Traité élém. des succ., à cause de mort, en Droit romain.* p. 293.

(3) *Uti legassit, ita jus esto.*

faire publiquement, de son vivant. En outre, la volonté du testateur devait être sanctionnée par le peuple assemblé par curies sous la présidence du Pontife (1). Cette réunion du peuple devint plus tard une simple formalité peu importante, mais il est certain qu'au début on ne se contentait pas de lire le testament; le peuple devait voter pour qu'un testateur puisse distribuer ses biens contrairement à la loi ; il faisait, pour ainsi dire, une nouvelle loi, le testament.

Plus tard la liberté de tester s'introduisit à Rome et Quintilien dit en parlant des dernières volontés des morts, que rien n'est plus sacré et plus inviolable « quia nihil potentius apud nos, nihil nostro animo sacratius esse debet ».

Constantin (2) reconnaît la nécessité de cette liberté « Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur... ».

Mais, malgré cette évolution du droit de tester, malgré ce profond respect pour la volonté des morts, nous ne trouvons pas, à Rome, de théorie des exécuteurs testamentaires ni de nom pour les désigner. D'abord les *pœnæ testamentariæ* très usitées dans les testaments romains, rendaient presque inutiles les exécuteurs testamentaires : par elles, en effet, les héritiers qui ne se conformaient pas à la volonté des morts, étaient privés de tous droits à la succession (3). On trouve pourtant des héritiers institués

(1) Ulpien, 20, 2 ; Gaius, 1, 102-119 ; Aulu-Gelle XV, 27.
(2) L. I. Code, *De sacr. eccl.* (1, 2); C. *De sacr. eccl.* 1, 1, 2
(3) Nov. I, *cap. I.*

sub modo, c'est-à-dire ayant une condition à remplir, une charge à exécuter ; on rencontre aussi des amis chargés d'un fidéicommis.

Le testateur pour mieux assurer l'exécution de son testament sans avoir recours à un exécuteur testamentaire, intéressait l'empereur à cette exécution en lui faisant un legs.

Tacite (1) nous rapporte qu'Agricola avait ainsi institué Domitien. En outre, la conception même du testament à Rome nous en donne la raison, nous prouve même qu'il ne pouvait en être autrement et que l'exécuteur testamentaire ne pouvait être admis par les idées romaines.

L'héritier à Rome était le continuateur du défunt ; actions et obligations lui devenaient propres et étaient considérées comme ayant toujours été siennes.

Comment, en présence d'une identité aussi complète, concevoir l'intervention d'une tierce personne chargée d'assurer et de contrôler l'exécution des dernières volontés du défunt ?

Mais, peu à peu, cette identité perdit son caractère absolu et c'est alors qu'on créa, en droit romain, des fonctions qui rappellent celles de nos exécuteurs testamentaires.

I. Loi 107, *de Legatis*, I. D.

Un testateur qui faisait plusieurs legs, ordonnait quelquefois que le paiement serait fait par un seul de ses héritiers : dans ce cas, les légataires pouvaient, à leur choix, poursuivre seulement cet héritier pour

(1) Agricola, XLIII.

le tout ou tous les cohéritiers pour leur part et portion.

Dans la suite, on appela ceux ainsi chargés d'accomplir les dernières volontés des morts *dispensatotores legatorum*..

II. Le testateur chargeait aussi parfois spécialement un ami de veiller à ses funérailles (1), à l'alimentation de ses enfants (2), à l'exécution particulière de certains legs, ordinairement d'aliments (3).

III. Marcellus (4) parle d'un individu étranger au testament et n'ayant qu'une sorte de saisine analogue à celle de l'article 1026 du Code civil. « Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit ut ea restituat Mœvio, Mœviusque fuerit mortuus : Titii commodo adit, non heredis; nisi dumtaxat ut *ministrum* Titium elegit. »

Titius ne recueillant pas le legs au cas où la charge ne s'exécute pas, n'est pas un véritable légataire et n'a que la saisine de la somme à faire parvenir à Mœvius. Ce « minister » se rapproche beaucoup de notre exécuteur testamentaire, mais la généralité des fonctions de ce dernier les distingue toujours.

Sous les empereurs païens, on trouve peu d'institutions ressemblant à l'exécution testamentaire ; c'est une conséquence de la défense de léguer aux églises.

On en trouve beaucoup, au contraire, sous les em-

(1) Loi 12, § 14, D., *de rel.* (XI, 7) ; loi 12, § 4, D., *de rel.* (XI, 7).
(2) Loi 88, § 1er, D., *de leg.*, II.
(3) Loi 3, § 8, D., *de alim. et cibar* (XXXIV, 1).
(4) Loi 17, pr, D., *de leg.*, II.

pereurs chrétiens, tendant à assurer l'exécution de legs faits à des personnes indéterminées, à des pauvres, à des établissements religieux, depuis que Constantin (1) permit de tester en leur faveur.

Les empereurs Léon et Anthémius permirent aux évêques d'exiger les legs faits aux captifs lorsque les testateurs n'auraient pas désigné celui qui devrait les racheter (2).

En 530, Justinien fixa aux héritiers une limite pour accomplir les volontés des défunts : la sanction était la privation de tout droit à la succession (3). D'où, à côté des exécuteurs testamentaires désignés par le défunt, il y eut les évêques et les exécuteurs nommés par eux.

A la suite de la Novelle 123, Code, Livre V de Jusnien, les Evêques, Prêtres, Diacres et Moines, ne purent plus accepter une tutelle et devinrent en conséquence incapables d'être exécuteurs testamentaires.

Léon VI (886-911) renouvela aux clercs et aux moines la défense d'accepter une tutelle et leur permit expressément de se charger d'une exécution testamentaire (4). Cette Novelle de Léon le Philosophe, sur laquelle on s'appuie beaucoup pour démontrer l'origine romaine des exécuteurs testamentaires, est presque du dixième siècle et nous sortons par conséquent du droit romain.

(1) Loi 1, C., *de sacr. eccl.* (I, 2).
(2) Loi 28, C., *de epis. et cler.* (I, 3) ; loi 49, C., *eodem.*
(3) Nov. I., C. I.
(4) Balzamonem, *ad. can.* 3. Concil Calchedon.

Des formes multiples de mandats, des clauses particulières de testaments, voilà ce qué nous offre le droit romain ; si cela est suffisant pour permettre d'en tirer des arguments d'analogie on ne peut en dégager une théorie juridique servant d'origine et de base à l'institution des exécuteurs testamentaires.

On ne peut davantage refuser de reconnaître que l'institution des exécuteurs testamentaires était déjà counue et utilisée avant son apparition dans les coutumes : c'est dans les institutions du droit germanique que nous allons essayer de découvrir cette élaboration première, cette véritable origine.

Le droit germanique, comme toutes les législations primitives, ne connut pas tout d'abord d'autre mode de succession que celui qui dérivait des liens de famille : pas plus ici qu'en droit romain primitif, la volonté du défunt n'était prise en considération.

Mais chez aucun peuple cette forme de succession légale ne peut durer exclusivement : ce qui n'était d'abord que la propriété d'une race, d'une « gens » devient celle d'un individu qui a, dès lors, le droit d'en fixer la dévolution après sa mort.

Chez les peuples germains la première forme de disposition admise fut la « Vergabung von Todeswegen », acte solennel de transmission de biens en faveur de celui qu'on choisit comme héritier, avec réserve pour soi-même de l'usufruit C'est cet acte de dernière volonté, que notre Droit franc appelait « affatomie » (adfathamire), et les Lombards « Thynx » (1).

(1) Beseler *Erbvertrage* I, §§ 7 et 8.

Qu'est l'affatomie?

La loi des Ripuaires, titre 50, dit que c'est le droit pour quelqu'un qui n'a pas d'enfants, *d'adopter pour héritier* de toute sa fortune en présence du roi, son époux, ou celui qu'il choisira parmi ses proches ou même parmi des étrangers.

C'est donc une adoption, mais une adoption « in hereditatem. »

Elle se décompose en trois opérations :

1° Celui qui veut adopter appelle dans le « mallum » celui qu'il a l'intention « d'adfathamire » et lui jette une « festuca » en déclarant ce qu'il veut lui donner.

2° Celui qui a reçu la « festuca » s'installe en maître devant témoins sur le bien qui lui a été donné.

3° Après douze mois, celui qui avait reçu la « festuca » revient dans le « mallum » pour transmettre la fortune à celui que le testateur désigne comme véritable héritier.

L'obscurité du titre XLVI de la loi salique a permis de contester cette dernière explication, mais c'est la plus universellement admise (1).

La conquête de l'empire romain par les peuples germaniques entraina une fusion des institutions et des usages. Le testament romain apparaît alors, mais pour peu de temps, car les coutumes barbares étaient trop profondément implantées dans les mœurs germaniques.

Trois ou quatre siècles plus tard, le testament réapparaît et fonctionne désormais concurremment avec

(1) Schrœder, *Lehrbuch der deutschen rechtsgeschichte.*

la « Vergabung von Todeswegen ». C'est cet usage commun qui permit au testament romain de recevoir de l'ancienne institution germanique le principe de l'exécution testamentaire.

Le titre XLVI de la loi salique, déjà cité à propos de l'affatomie, parle des « Salmannen ». Le « Salmann » était l'homme de confiance que nous avons vu recevoir la « festuca » et la transmettre douze mois après au véritable bénéficiaire de la libéralité.

On les utilisait soit dans les transmissions d'immeubles entre vifs, soit dans les donations à cause de mort, dans la « Vergabung von Todeswegen ».

Le « Salmann » était un mandataire soumis, au début, à la seule volonté du mandant, puis, peu à peu, à des règles juridiques nées d'usages constants.

Son mandat était une charge privée, qu'il pouvait refuser lorsqu'on la lui offrait, mais qu'il devait accomplir jusqu'au bout lorsqu'il l'avait une fois acceptée ; son infidélité l'exposait à la perte de l'honneur, l' « Ehrlosigkeit (1) » ou à l' « infamia ».

Les « Salmannen » passèrent tout naturellement du « Vergabung von Todeswegen » dans le testament, lorsqu'au douzième siècle celui-ci fut usité par les peuples germaniques, et devinrent les « testamentarii ». La coexistence de l'institution germanique et de l'institution romaine suffirait à prouver l'exactitude de l'origine que nous donnons à l'exécution testamentaire ; on ne concevrait pas, en effet, qu'à cette époque de formation deux institutions aient pu fonc-

(1) Document de 857, Beseler, *Erbvertrage*, I, p. 281.

tionner chez un même peuple, tendant au même but, sans combler réciproquement l'une par l'autre leurs lacunes ; or, il y avait une lacune dans le testament romain tel qu'il passa dans le droit germanique. Il n'y avait pas d' « heres institutus », de personne responsable de l'exécution du testament ; le « testamentarius » comblera ce vide et aura ce rôle.

Une autre preuve de cette métamorphose des « Salmannen » en « testamentarii » se trouve dans les actes de dernière volonté faits en Allemagne au treizième, quatorzième et quinzième siècles ; les exécuteurs testamentaires y sont désignés par les mêmes expressions qu'autrefois les « Salmannen » : Threuhander, treukrager, seelwartern, fideimanus, fideijussores, executores, mediatores (1).

En résumé, en droit romain, l'héritier étant absolument responsable et, sous une sanction sévère, de l'exécution du testament, les exécuteurs testamentaires étaient inutiles ; en droit germanique, au contraire, cette responsabilité de l'héritier était inconnue, et le « Salmann » était spécialement chargé de veiller au respect des dernières volontés des morts.

Le testament romain tel qu'il était utilisé dans les pays germaniques, n'était plus qu'une énumération de legs en faveur de diverses personnes, dont aucune n'était responsable de leur exécution ; le « Salmann » mandataire chargé d'exécuter la donation à cause de mort, devint alors l'exécuteur, le « testamentarius »,

(1) J.-J. Scholz, III, *Die deutschen Salmannen in Beziehung auf Testamentsvollziehung.*

auquel fut confié le testament et le soin de son exécution.

Nous n'avons pas à déterminer ici les fonctions du *testamentarius* à cette époque : cette étude du droit germanique n'avait pas d'autre but que celui de découvrir l'origine de l'exécution testamentaire et, poursuivant l'étude historique, nous allons parcourir les anciennes coutumes, pour y rechercher la formation de notre institution et l'influence capitale qu'à eue l'Eglise dans l'élaboration qu'elle a suivie.

Dans les pays de droit écrit, l'héritier était saisi, de plein droit, de tous les biens de la succession et devait, lui-même, faire exécuter le testament : c'était l' « heres institutus » du droit romain. Avec ce mode de transmission des biens, on n'avait nullement besoin des exécuteurs testamentaires et aussi étaient-ils d'un usage fort rare. D'ailleurs, il n'y a aucune règle et il faut se rapporter à celles du droit romain sur le mandat : nous avons ici un mandat intéressant uniquement le mandant (1).

Au contraire, dans les pays de coutumes, les exécuteurs testamentaires parurent de bonne heure et furent souvent employés : chaque coutume contient, à leur sujet, des dispositions, d'ailleurs, souvent en opposition entre elles.

Comme dans tout l'Occident, les exécuteurs testamentaires étaient connus en France, dès nos premiers rois, comme l'attestent les écrits de Grégoire

(1) *Princ. et.* I. ; *Inst. Demand.* (III. 26).

de Tours (1) qui datent du VI[e] siècle. Ils n'étaient, cependant pas d'un usage fréquent, leur utilité étant diminuée par l'emploi d'autres moyens d'assurer l'exécution des testaments.

D'abord, comme en droit romain, des peines étaient infligées aux héritiers pour le cas où ils ne se soumettraient pas aux dernières volontés des morts. Les testaments finissaient ainsi : « Si quis vero, quod futurum esse non credo, si aliquis heredum ac proheredum meorum, vel quilibet opposita persona præsentem testamentum infrangere conaverit, vel tentare præsumpserit, imprimis usquem dum veram emendationem proinde corrigatur, Deo et sanctis suis habeat contrarios et a liminibus Ecclesiarum efficiatur extraneus, et insuper inferat ei cui pulsaverit una cum socio fisco auro libras coactas exolvat, et nihilominus præsens pagina firma permaneat, quem manu propria subter firmavi et bonorum hominum siquis vel allegationibus roborandum decrevi stipulatione actum loco illo. »

En outre de ces sanctions déjà si sévères, que les particuliers avaient l'habitude de joindre à leurs dernières dispositions, celles-ci étaient encore protégées par les décisions des conciles tenus dans les Gaules qui excommuniaient tous ceux qui, pour une raison quelconque, retiendraient les choses données ou léguées aux églises.

Ces legs, à l'Eglise, étaient, d'ailleurs, les plus

(1) *De miraculis sancti Martini*, liv. II, chap. VIII. *De Vitis Patrum*, c. VIII.

fréquents et aussi ceux dont l'exécution était la plus difficile à assurer.

Mais depuis le huitième siècle environ, les testateurs omirent les sanctions sévères qui avaient jusque là assuré l'exécution de leurs dernières dispositions: d'un autre côté, nous dit du Cange (1), les héritiers prêtèrent moins d'attention aux excommunications dont les menaçaient les conciles des Gaules et négligèrent l'accomplissement des legs pieux de leurs auteurs qu'ils n'hésitaient pas à s'attribuer.

Il fallait trouver un autre moyen d'assurer le respect de la volonté des morts: ce fut l'institution des exécuteurs testamentaires qui répondit à ce besoin et devint dès lors plus fréquemment utilisée.

M. Thévenin (2), cite deux testaments dans lesquels on trouve mention d' « eleemosynatores. »

D'abord un testament de l'an 821 (31 mars) extrait de l'*Histoire du Languedoc*, tome I, n° 57.

« Sic nos præsentes commendavit ab ipso justo subrascripta suo eleemosynario ut dediret sua vinea, quos habevat in villa Marimorena... ad monasterio sancto Petro qui est constructus infra pago Narbonense... »

Dans le second testament, celui du comte Eccard, nous trouvons un véritable mandat formé par l'offre et l'acceptation d'un gage et d'un gantelet.

Au début, des considérations sur la fragilité de la

(1) Gloss. *med et infin. latinit*; V° Ex. Test.

(2) Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingienne et carolingienne, n°s 68, 76.

vie... « ut in manibus viris istis mea eleemosyna commendassem, quod ita et feci. Id est dominus .. (suivent quinze noms...) « ut sicut per instrumenta kartarum vobis tradidi, et per guadium et andelangum, seu per istos homines commemoratum habeo. »

L'idée religieuse dominait à cette époque toutes les dispositions de dernière volonté : assurer le repos de son âme était le but qu'on poursuivait avant tout autre en faisant un testament, et c'est pour l'atteindre plus facilement qu'on comblait de dons les pauvres, les établissements religieux et les Eglises.

La fréquence et l'importance de ces dons, de ces aumônes « eleemosyna » les rendaient plus pénibles à accomplir par les héritiers et plus dificiles à exécuter ; aussi le principal office des exécuteurs testamentaires fut-il de veiller à la distribution de ces biens selon la volonté des défunts. C'est de cette fonction principale que vinrent les noms par lesquels on désignait les exécuteurs testamentaires, *eleemosynatores*, *eleemosynarios*, *erogatores*, *erogatorios* (1).

Dans l'exécution testamentaire comme dans le fidéicommis, il y a remise de biens à une personne qui ne les reçoit que pour les transmettre au véritable bénéficiaire de la disposition. A cause de cette ressemblance, là où était en vigueur la loi romaine, c'est-à-dire surtout en France et en Italie, on appela fidéicommis le testament qui contenait nomination d'un exécuteur, désigné lui-même sous le nom de

(1) Gans, « Das Erbrecht des Mittelalters » IV, p. 629.

fideicommissarius ; cette expression se trouve dans les « Statuta Pisana (1161) ».

Les intérêts de l'Eglise étaient donc, dès cette époque, intimément liés à l'institution des exécuteurs testamentaires, et il n'est pas étonnant de la voir lui assurer par tous les moyens possibles la réalisation de son but. Tout d'abord, c'était un héritier qui inspirait au testateur plus de confiance que les autres qui était chargé de surveiller l'exécution du testament : cette confiance se trouvait parfois trompée et la mission de ces exécuteurs était peu scrupuleusement remplie. Aussi le roi accorda-t-il aux évêques le pouvoir de se mettre en possession des biens après en avoir dépouillé les héritiers *si justa vota testatoris non impleverint* (1). Les évêques voulurent, en outre, s'attribuer l'insinuation des testaments : le quatrième concile de Carthage, de l'an 398, le leur défendit.

Empiétant peu à peu sur les droits que leur accordaient le Capitulaire et les lois des Empereurs, les évêques se déclarèrent les exécuteurs testamentaires de ceux décédés *ab intestat*.

Il semble, à première vue, impossible qu'il puisse y avoir des exécuteurs testamentaires sans testament. C'est ici que se signale tout particulièrement l'importance des legs pieux dans le développement de l'exécution testamentaire. Ces legs, laissés tout d'abord à la libre volonté, aux libres sentiments de piété de chacun, devinrent peu à peu obligatoires et leur omis-

(1) Capit., add. 3. Cap. 57, cap. 6, extr. de testam.; Nov. 131. cap. 11.

sion donna lieu à des sanctions sévères, surtout en Occident : c'était, par exemple, la privation de viatique et même parfois de sépulture.

Les meubles de ceux ainsi décédés sans rien donner à l'Eglise furent tout d'abord confisqués par les seigneurs : cette sanction ne faisait pas profiter l'Eglise de la confiscation subie par les héritiers et c'est pour cela qu'elle fit admettre que tout homme mort subitement, c'est-à-dire n'ayant pas eu le temps de faire un legs pieux, avait chargé son évêque de faire son testament pour lui.

On trouve un testament ainsi fait en 1261 (1).

Grâce à la grande puissance qu'avaient alors les évêques, ils pouvaient assurer par la force l'exécution de testaments semblables et c'est pour cela que cet usage put durer quelque temps.

Plusieurs arrêts du Parlement réprouvèrent ces abus : entre autres un arrêt de 1409 (2).

Mais au douzième et treizième siècles, tous les testaments contenaient des legs pieux, ce qui permettait aux évêques de s'arroger le droit de connaître tous les actes de dernière volonté : le testament ne dépendait plus que de la juridiction ecclésiastique.

Les juges royaux protestèrent en France contre cette usurpation, et c'est de là que naquit la fameuse dispute entre Pierre de Cugnères, avocat général, et

(1) *Coutumes de Berry*, P. de la Thaumassière, liv. V, ch. 9.

(2) Jean Galli, quest. 102 ; Des Mares, décision 328 ; Du Lac, *Recueil d'arrêts*, liv. I, tit. 5, nos 7 et 8 ; Bibliothèque can., t. I, p. 36, vo quarte. Sépulture.

Bertrand, évêque d'Autun, sur la juridiction exclusivement spirituelle de l'Eglise (1).

En dépit des efforts que l'on fit pour les leur enlever, les ecclésiastiques conservèrent cependant leurs prérogatives qui étaient encore entières sous Charles V et Charles VI (2). *Si alicujus testatoris non sunt executores, Episcopus de jure est executor.*

Par de nombreuses fraudes, les ecclésiastiques attiraient à leur juridiction un grand nombre de testaments qu'ils n'auraient pas dû régulièrement connaître ; aussi, les testateurs soucieux de diminuer les chances de fraude et d'aplanir les difficultés, prirent l'habitude de préciser dans leurs testaments la juridiction à laquelle ils entendaient soumettre leurs héritiers, leur exécuteurs, en un mot leurs dispositions de dernière volonté. C'est ainsi que, dans de nombreux testaments des treizième et quatorzième siècles, on trouve la juridiction séculière expressément désignée pour surveiller leur exécution.

Les exécuteurs n'étaient jusqu'alors que des surveillants, sans aucun droit sur les biens de la succession ; c'étaient les héritiers qui étaient saisis de ces biens et qui pouvaient ainsi rendre très difficile la mission des exécuteurs.

Pour obvier à cet inconvénient, les testateurs ne donnèrent plus à leurs héritiers qu'une possession précaire et les exécuteurs furent seuls saisis. Un exemple nous en est fourni par le testament de

(1) Loiseau, *Trait. des Seigneuries*, ch. 15, nº 72.
(2) Des Mares, dec. 68-69.

Jeanne de Châtillon, comtesse de Blois, fait en 1291 :

« Desquels meubles et héritages je baille la saisine à mes exécuteurs et me establis possessaresse en nom d'aus, et pour aus, et connois que cette possession, comme j'en ai ou aurai, et avoue à avoir, en nom d'aus et vueil qu'après ma mort, la possession recourt à aus, et demeure entièrement, jusqu'à tant que toutes mes dettes, et tous mes forfaits, tous mes laiz, toutes mes aumônes, tuit mi don, tuites mes promesses, et toutes mes ordonnances, soit en ce présent testament, soit ez ordonnances clauzes, soit par mes lettres pendant soient accomplis entièrement, et à la conscience de mes exécuteurs. »

Cette clause devint de style dans les testaments et les exécuteurs recevaient ainsi toujours la saisine des biens de la succession, sans même fixation de limite d'an et jour.

A cette première mesure, les testateurs ajoutèrent encore la tradition de leurs testaments en faveur des exécuteurs, comme il est fait dans le testament de Jeanne de Sancerre (1) fait en 1307 : « Me de meis bonis mobilibus, conquestibus, et quinta totius terræ et hereditatis meæ in manu dictorum executorum dessaisiens, ipsosque, et quemlibet ipsorum investiens per traditionem prœsentium litterarum. »

Cette saisine ne porte pas sur toute la fortune, mais seulement sur ce qui est nécessaire pour accomplir la volonté du testateur. Toutes les coutumes l'accordaient mais différaient entre elles pour l'étendue

(1) *Preuves de l'hist. de Courtenay*, p. 79.

à lui donner : ce sont tantôt tous les biens meubles, comme le veut la coutume de Paris (1); tantôt les biens meubles et immeubles, à concurrence de ce qui est nécessaire à l'accomplissement du testament (2); tantôt les biens meubles et les conquêts immeubles (3); tantôt seulement les meubles (4).

Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur ces divers systèmes (5).

Enfin, pour s'assurer que les exécuteurs ne se déchargeront pas après la mort du testateur de l'exécution du testament, on leur faisait apposer sur celui-ci leurs sceaux : il y avait là une acceptation sur laquelle on ne pouvait ensuite revenir (6).

Toutes ces règles furent au début des règles d'habitude, d'initiative privée ; ce n'est qu'au treizième siècle que nous trouvons un ouvrage sur la législation coutumière et un ensemble des règles régissant alors l'exécution testamentaire : ce sont les *Coutumes de Beauvoisis redigées par Philippe de Rémi, seigneur de Beaumanoir* ; le côté théorique apparaît ici, il y a des principes établis et des règles générales :

La saisine (7) est accordée de plein droit aux exé-

(1) *Coutume gén. du duché de Berry, d'Amiens, d'Estampes, de Calais.*

(2) *Coutume d'Orléans.*

(3) *Baillage de Sens.*

(4) *Nivernais.*

(5) *Grand Coutumier*, liv. II, chap. XXI, p. 140.

(6) *Jean Jacob a canibus et Oldendorp de exe. ultim. volun, et Pancirol lib. Varia* III, *cap.* XXI.

(7) Chap. XII, n° 2.

cuteurs testamentaires, et comme conséquence, un inventaire devient usuel, mais n'est pas encore exigé.

On reconnaît expressément aux exécuteurs le droit d'accepter ou de refuser la charge lorsqu'elle leur est proposée, c'est-à-dire soit avant la mort du testateur, soit à sa mort, si ce n'est que par le testament que les exécuteurs sont avertis; si tous refusent, l'évêque ou le seigneur sera chargé de l'exécution.

Une autre conséquence de la saisine accordée aux exécuteurs est l'obligation de rendre compte (1); elle n'a pas seulement pour but, en effet, de permettre le contrôle de l'exécution des volontés du défunt, mais encore elle sert à fixer le reliquat de biens qui subsiste entre les mains de l'exécuteur et qu'il doit remettre à l'héritier.

La fonction est, en effet, déjà gratuite; cependant, après reddition du compte, l'exécuteur peut demander une récompense, une gratification (2); d'ailleurs, il est entièrement libre pour se payer des frais que l'exécution lui a occasionnés, et n'a à se conformer pour cela à d'autres règles, à se soumettre à d'autre contrôle qu'à sa conscience.

Le Concile de Trente (3) (1545-1563) reconnut le droit de l'Eglise d'assurer l'exécution des testaments; le canon VIII déclare que lorsque le testament ne contiendra pas désignation d'un exécuteur testamen-

(1) Chap. XII, n° 30.
(2) Chap. XII, nos 29, 30, 57.
(3) Sess. 22, ch. VII, *de Reformatione*.

taire, tous les évêques en tiendront lieu de droit, comme délégués du Saint-Siège (1).

Bacquet (2) (1754) donne à propos des exécuteurs testamentaires des « bastards », les principes généraux qui régissaient notre matière à son époque.

Ils doivent présenter une requête pour être saisis des meubles (n° 1) ; mais ils seront saisis de tous les meubles et non pas seulement de ce qui est nécessaire à l'exécution du testament (n° 2) ; une enquête faite par « turbes », au Châtelet, en 1575, conclut en ce sens (n° 3). L'exécuteur testamentaire « pour luy » ne peut être poursuivi que devant le juge d'Eglise (n° 5); la reddition de compte se poursuit devant le juge du domicile ou du lieu où a été accomplie la gestion (n° 6). Il n'y a pas de solidarité entre les exécuteurs comme entre les tuteurs (n° 7); au cas de plusieurs exécuteurs nommés, un seul peut se charger de toute l'exécution en donnant caution (n° 9).

Legs faits aux exécuteurs (n° 10).

« On ne doit taxer salaire aux exécuteurs (n° 12) ».

« L'an de l'exécution testamentaire est utile (n° 15) ».

La dispense de rendre compte que le testateur pouvait accorder expressément à l'exécuteur n'emporte pas décharge de payer le reliquat (n° 17-18).

Enfin, peuvent être exécuteurs, les femmes (n° 20), les mineurs (n° 21) et les religieux (n° 33).

(1) Decrétale de Grégoire IX, liv. III, tit. XVI, c. 17, cap. Lothaire (an 824). — Baluze, *capit. reg. francorum*, t. II, p. 322.

(2) *Du droit de bâtardise.*

En somme, il y a beaucoup de ressemblances entre ces règles et celles contenues dans la coutume de Beauvoisis : dans Bacquet, la question est traitée avec plus de détails.

La saisine porte sur tous les meubles et, non pas seulement comme dans la coutume de Beauvoisis, sur ceux nécessaires à l'accomplissement du testament.

Quant à la gratuité, aux rapports des exécuteurs entre eux, à la reddition de comptes, les règles de Beaumanoir et celles de Bacquet sont les mêmes

Au quatorzième siècle, nous devons encore signaler la « *Somme Rurale* » *de Boutillier* qui contient l'énoncé des mêmes règles.

Dumoulin (1500-1566) eut une grande influence sur les réformes qu'on apporta en notre matière : dans son commentaire sur l'article 95 de la Coutume de Paris (1), il signale les points à modifier et prépare ainsi la revision des Coutumes de 1580.

En particulier, dans ses « Commentaires sur l'Edit des petites dates et sur la coutume de Lorris », il s'élève contre les pouvoirs abusifs que s'étaient arrogés les évêques en matière de testaments et spécialement d'exécution testamentaire : c'est en grande partie, grâce à lui, que ces abus furent sévèrement réprimés si bien, qu'au temps de Loysel, ils étaient complètement abolis.

Lors de la revision des coutumes, en 1580, l'article 95 de la *Coutume de Paris* modifié, devint le

(1) *Ad consuet, Paris,* tit. I, *princ.*, n° 2.

nouvel article 297 qui réunit toutes les règles régissant alors l'exécution testamentaire et qui condense les doctrines des auteurs que nous venons de citer.

Loysel (1) (1536-1617), reproduit dans ses « Institutes coutumières », les règles définitives que les coutumes avaient adoptées lors de leur dernière revision.

« Les légataires doivent être saisis par l'héritier ou par les exécuteurs testamentaires quand les legs sont mobiliaires, ou s'en peuvent aussi les exécuteurs payer par leurs mains (§ 13). »

Sur l'étendue de la saisine et les pouvoirs des exécuteurs sur les biens de la succession : « Exécuteurs de testamens, inventaire préalablement fait, sont saisis par an et jour des biens meubles du testateur, pour l'accomplissement de son testament, payement des legs mobiliaires, acquit de ses dettes et forfaits; et si les meubles ne suffisent, leur sera permis par la justice, vendre quelque immeuble (§ 15) ».

L'inventaire est donc devenu obligatoire; il doit être fidèle et exact, sous peine de la sanction que nous indique Loysel.

« Par arrest, se exécuteur d'aucun testament ne a mis en l'inventaire tous les biens qui y doivent être mis, il doit estre privé du fait de l'exécution, et avec ce, il doit amende. »

On admet une taxation de salaire : « l'an et jour de leur exécution expirés, doivent rendre compte : au-

(1) *Inst. cout.*, liv. II, titre IV.

quel ils peuvent employer leur salaire, qui leur sera taxé raisonnablement (1) (§ 16) ».

Enfin, l'Eglise perdit le droit de juridiction sur les exécutions testamentaires : « La connaissance des exécutions testamentaires appartient aux juges laiz, et par prévention aux royaux (§ 17) ».

L'exécution testamentaire que nous avons suivie dans sa formation progressive à travers les âges est désormais complète ; tous ses détails sont règlementés et l'institution juridique a pris corps. La qualité des exécuteurs, les biens dont ils sont saisis, l'inventaire, la vente des meubles, le paiement des legs et frais funéraires, la durée de l'exécution, la reddition de compte, tout est prévu et règlementé dans les coutumes.

Dans le cours de cette étude, nous retrouverons ces dispositions à propos de celles qui leur correspondent dans la législation actuelle.

Mais, si, dès les seizième et dix-septième siècles, la règlementation de l'exécution testamentaire est complète, elle est bien loin d'être uniforme et la plupart des coutumes différaient entre elles : Voltaire a pu dire qu'un homme voyageant en France, à cette époque, changeait de lois presque aussi souvent que de chevaux.

Aussi l'œuvre principale des rédacteurs du Code civil a été de mettre un peu d'ordre dans ce chaos des coutumes et d'établir une règlementation uniforme

(1) Cpr. Beaumanoir, Ch. XII, nos 29, 30, 33. Boetius Epo. *De jure exequendi testamenta*, p. 307.

avec tous les principes, toutes les règles particulières du droit coutumier.

Il y a aussi quelques modifications de détail dans la législation; on a édicté l'incapacité de la femme mariée et du mineur, on a supprimé aux exécuteurs certains pouvoirs (par exemple se faire taxer par le juge) et on leur en a accordé de nouveaux (par exemple le droit d'intervenir pour soutenir la validité du testament). Enfin le privilège de juridiction ecclésiastique a disparu. Mais, à part ces modifications corrélatives au changement des idées et de l'ordre social, les vieilles règles coutumières se retrouvent dans notre droit actuel qu'elles servent même parfois à expliquer et à éclairer.

DEUXIÈME PARTIE

Nature de l'Exécution testamentaire.

INTRODUCTION

Un plan complet et didactique d'une étude de l'exécution testamentaire devrait comprendre :

1° Mode de nomination ; capacité requise ;
2° Acceptation de la charge ; gratuité ;
3° Saisine de l'exécuteur ;
4° Droits et obligations de l'exécuteur ;
5° Extinction de l'exécution ; reddition de comptes.

Désirant avant tout établir un parallèle entre le mandat proprement dit et l'exécution testamentaire, nous nous permettrons de ne pas suivre ce plan pour

grouper nos observations sous les deux chefs généraux suivants :

1° *Application des règles générales du mandat ;*
2° *Règles spéciales à l'exécution testamentaire.*

Sous le premier chef nous traiterons :

Section Ire : De la possibilité de refuser la charge.
Section II : De l'irrévocabilité de l'acceptation.
Section III : La partie négative de la capacité requise, c'est-à-dire l'inutilité de la capacité de remplir une fonction publique.
Section IV : La gratuité.
Section V : L'obligation de rendre compte, à laquelle nous joindrons l'étude de la saisine (1).
Section VI : La cessation de la fonction.

Sous le second chef :

Section Ire : Le mode de nomination.
Section II : La partie positive de la capacité, c'est-à-dire la capacité de s'obliger.
Section III : L'étendue des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire.

(1) L'étude de la saisine se rapproche, à deux points de vue, de l'obligation de rendre compte.

En premier lieu, la responsabilité de l'exécuteur varie selon qu'il a ou non la saisine ; et, en outre, c'est lorsque la saisine prend fin que naît l'obligation de rendre compte.

Nous nous permettrons de laisser de côté la partie de règlementation pure de ces fonctions, c'est-à-dire les mesures conservatoires, l'acquittement des legs mobiliers, la vente dans ce but, s'il y a lieu, des meubles de la succession, et le droit d'intervenir dans les contestations auxquelles peut donner lieu le testament.

Sur ces questions nous renvoyons à :

Furgole : *Traité des testaments,* t. IV.
Demolombe : *Donations et testaments*, t. V.
Aubry et Rau : *Droit civil*, t. VII.
Laurent : *Droit civil,* t. XIV.

Nous espérons qu'on nous pardonnera cet abandon de l'ordre didactique et les imperfections de la division que nous adoptons, et qu'on tiendra compte pour juger notre travail avec indulgence, de l'intention que nous avons eue de donner à cette étude un aspect plus nouveau et plus intéressant.

CHAPITRE PREMIER

Différences essentielles entre le mandat ordinaire et l'exécution testamentaire.

1. Le mandat de l'exécuteur commence à la mort du mandant.
2. Doute sur la personne du mandant.

Les premiers vestiges que l'on rencontre dans les anciennes coutumes françaises, de l'exécution testamentaire, sont de véritables mandats ayant un but spécial, ordinairement l'acquittement de legs pieux et d'aumônes.

Plus tard, les limites de ce mandat s'étendirent et l'exécuteur testamentaire fut chargé d'assurer l'accomplissement de toutes les dipositions de dernière volonté. La nature de la fonction n'a pas changé pour cela ; l'exécuteur est demeuré un mandataire.

Cette commission n'est autre chose qu'un vrai man-

dat », dit Furgole (1). Le Code ne se prononce pas sur cette question; mais, comme le dit encore Furgole, « la chose parle d'elle-même ».

D'ailleurs, de tout temps, mandat et exécution testamentaire ont été considérés comme dérivant du même principe. L'institution des « Salmannen » première origine de l'exécution testamentaire est dominée par l'idée fondammentale du mandat, la confiance.

En droit canonique, dont l'influence est si importante dans cette matière, on considéra toujours l'exécution testamentaire comme un mandat (2).

Aujourd'hui la définition du mandat que donne le Code, s'applique en tous points à l'exécution testamentaire. L'article 1984 dit : Le mandat « est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »

Par l'exécution testamentaire, le testateur donne à son exécuteur commission d'assurer le respect et l'exécution de ses dernières volontés. Le contrat n'est formé que lorsque l'exécuteur a accepté.

La similitude de ces deux définitions prouve avec évidence le rapport intime qui unit les deux institutions (3). Mais deux importantes différences les séparent.

(1) *Traité des Testam.*, t. IV, ch. X, sect. IV, p. 152.
(2) C. 18. *Extra de testamentis.*
(3) Cass. 27 août 1855; S. 55, 1, 625.

I

D'abord, le mandat de l'exécuteur testamentaire commence à la mort du mandant, évènement qui marque ordinairement le terme de tout mandat (1). Le droit romain lui-même résoud cette difficulté dans la loi XII, § ult. et la loi XIII, *mandati,* au Digeste : ces lois reconnaissent qu'il y a mandat, même lorsque son exécution n'est possible qu'après le décès du mandant.

« Si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere...

« Idem est et si mandavi tibi ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum. »

Dans notre droit, on ne trouve aucune disposition rappelant ces exceptions romaines : Coin-Delisle (2) en donne la raison.

« C'est que les dispositions à cause de mort, autres que celles faites par testament, sont nulles (3), et, par conséquent, qu'on ne peut, par contrat écrit ou verbal, charger personne d'un mandat à remplir après le décès du mandant. Mais le testament étant susceptible de toute espèce de dispositions à exécuter après le décès, peut contenir un mandat à cause de mort, comme il contiendra l'établissement des charges imposées à l'héritier ou au légataire. »

(1) § 10. Inst. de mand. (III, 26).

(2) *Don.* et *Test.* Livr. III, Titre II, Ch. V, sect. 7, nº 3.

(3) Art. 893.

II

Si, dans le mandat ordinaire, la détermination de la personne du mandant n'a jamais donné lieu à controverse, il en est bien différemment dans l'exécution testamentaire.

Il y a mandat; tous les auteurs, toutes les législations le reconnaissent. Mais, qui est mandant?

D'après le code saxon, l'exécuteur est mandataire des héritiers : au contraire, l'opinion dominante en Allemagne, celle du nouveau code qui sera en vigueur à dater du 1er janvier 1900 est que le testateur est mandant de l'exécuteur : dans le même sens les législations autrichienne et russe.

En droit français les deux opinions ont été soutenues. Furgole (1) ne se prononce pas : d'après lui, le testateur met l'exécuteur à sa place ou à la place de l'héritier.

D'après Dalloz (2), l'exécuteur testamentaire est le mandataire du testateur, ou pour mieux dire, le mandataire nommé par le testateur des héritiers et des légataires ».

De même Vazeille (3) : « L'exécuteur testamentaire est une sorte de mandataire imposé par le testateur à ses héritiers et à ses légataires ».

(1) *Traité des testaments.* T. IV. Ch. X. Sect. 4, nº 13.
(2) *Dictionnaire.* Vº *Ex. test.*
(3) Nº 1, sur art. 1025.

De la même opinion, il faut encore citer Aubry et Rau.

Parmi les auteurs qui admettent, au contraire, que l'exécuteur a comme mandant le testateur lui-même, citons Demolombe et Coin-Delisle : ce dernier n'admet même pas qu'il puisse y avoir doute sur cette question : « tenant ses pouvoirs du testateur, dit-il, l'exécuteur ne peut avoir que celui-ci pour mandant. »

Ces dissentiments s'expliquent par la nature spéciale de l'exécution testamentaire et par la différence fondamentale qui la distingue du mandat ordinaire. L'exécuteur tient, sans aucun doute, ses pouvoirs du testateur, mais ici, le mandat se forme à une époque où le mandant ne peut plus consentir ; il n'y a pas, en réalité, concours de volontés, contrat proprement dit.

Mais, cependant, on ne peut soutenir que l'exécuteur soit le représentant des héritiers ou des légataires. D'abord, il agit plutôt contre les héritiers que pour eux ; au lieu de se soumettre à leur volonté, il y supplée, au lieu de leur obéir, il les dirige. En outre, si les héritiers étaient mandants, ils pourraient, sans aucun doute, révoquer à leur gré leur mandataire, l'exécuteur testamentaire ; jamais personne ne leur a reconnu ce droit, un jugement le leur a même formellement refusé (1). Enfin, l'exécuteur doit rendre compte aux héritiers et aux légataires, ce qui semble prouver qu'ils sont, en réalité, les mandants ; mais il le fait en qualité de représentant du défunt,

(1) Lyon, 15 mars 1854, S. 55, 2, 424.

au nom duquel il détermine définitivement ce qui doit, après l'exécution du testament, revenir aux héritiers et aux légataires. L'exécuteur est donc le représentant du testateur qui est, en réalité, le seul mandant.

L'exécution testamentaire est donc un mandat, mais d'une nature particulière ; c'est sur cette constatation qu'est basée la division des deux chapitres qui vont suivre :

1° Règles générales du mandat applicables à l'exécution testamentaire.

2° Règles spéciales distinguant le mandat de l'exécution testamentaire.

CHAPITRE II

Règles générales du mandat applicables à l'exécution testamentaire.

---

1. L'exécution peut refuser la charge. — 2. L'acceptation est irrévocable. — 3. Pas de capacité spéciale de remplir une fonction publique. — 4. Gratuité. — 5. Obligation de rendre compte. — 6. Cessation de la fonction.

SECTION PREMIÈRE

L'EXÉCUTEUR PEUT REFUSER LA CHARGE

Comme tout mandat et même plus qu'aucun autre, l'exécution testamentaire est un office privé, un service d'ami que le mandataire peut refuser de rendre sans avoir, comme pour la tutelle, par exemple, à alléguer une excuse valable.

Il en était déjà ainsi en droit romain (1).

L'article 27, chapitre 32 des Chartes générales du

(1) Loi 12, § 4. *D. de relig. et sump. funer.* (XI-7).

Hainaut, reconnait à l'exécuteur testamentaire ce droit de libre acceptation et donne le moyen de pourvoir, à son défaut, à l'exécution du testament : « Si les dénommés exécuteurs testamentaires *ne voulaient emprendre le testament* ou qu'un seul demeuré vivant ne voulut requérir la Cour en subroger autres, les légataires ou l'un deux le pourrait faire, pour par elle en ordonner comme elle trouvera convenir ».

Le Code civil n'accorde pas d'une façon expresse le droit de refuser ou d'accepter librement à l'exécuteur testamentaire : mais l'article 1033, visant le cas où « plusieurs exécuteurs testamentaires ont accepté », suppose bien évidemment que cette faculté de refuser la charge leur est accordée (1).

L'exécuteur a même le droit de ne pas accepter la fonction que lui offre le testateur lorsque la succession est échue à des mineurs; mais, dans ce cas, le ministère public peut désigner une autre personne dans l'intérêt des mineurs, sans toutefois lui donner ni le titre ni la fonction d'exécuteur testamentaire (2).

D'après le Code civil du Vénézuéla (3), le juge fixe aux « albaceas » (exécuteurs testamentaires) un délai pour accepter ou refuser.

En droit espagnol (4), nul n'est tenu d'accepter, mais on est réputé acceptant si on ne refuse pas dans les six jours, à partir de la notification de la nomination.

(1) Ricard. Part. II, nº 66.

(2) Cass., 3 juin 1872, D. P. 72. I. 241.

(3) *Code civil de Vénézuéla* (1897), de Lagrasserie.

(4) Dr. civil espagnol (1890) Lehr.

Le Code civil français n'admet pas de délai fixe, à l'expiration duquel on sera censé accepter le mandat d'exécuteur ; mais les héritiers ou légataires peuvent certainement en faire fixer un par le juge et obliger l'exécuteur à prendre parti.

SECTION II

L'ACCEPTATION EST IRRÉVOCABLE

L'exécuteur, libre d'accepter ou de refuser, peut-il revenir sur son acceptation une fois qu'il l'a donnée expressément ou tacitement ?

Le contrat est-il définitivement formé par cette manifestation de volonté répondant à celle du testateur ? Ou est-il permis à l'une des parties de se soustraire aux obligations qu'elle s'est volontairement créées ?

Il faut appliquer ici la règle générale du mandat : « Le mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire (1) », et plus loin : « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé (2). »

C'est la reproduction du principe romain : *Voluntatis est suscipere mandatum, necessitatis consummare* (3). »

(1) Art. 1984.
(2) Art. 1991.
(3) 17, 3 Dig., Commod., (XIII, 6).

Cette règle était aussi appliquée dans nos anciennes coutumes (1) et l'exécuteur ne pouvait revenir sur l'acceptation qu'il avait donnée librement. Merlin (2) cite un arrêt rendu en ce sens par le Parlement de Flandre, le 3 juilles 1730 : « Le sieur Bridoult avait été nommé, par la dame de Marcq, exécuteur du testament qu'elle avait fait le 20 juillet 1722, et il en exerçait les fonctions depuis quatre ans. Le 1er juillet 1730, une requête est présentée au Parlement de Flandre par laquelle il demande qu'il plaise à la Cour le décharger de la nomination d'exécuteur testamentaire faite par l'acte du 20 juillet 1722. » D'où arrêt qui ordonne au suppléant de faire incessamment les devoirs de l'exécution testamentaire dont il s'agit.

Comme pour le mandat proprement dit, il peut y avoir acceptation tacite de l'exécuteur. Son simple silence ne suffit pas, en droit français, contrairement au droit espagnol. Mais, il y aura, en droit français, acceptation tacite, lorsque l'exécuteur, sans se prononcer expressément sur le mandat qui lui est offert, aura accepté un legs lié intimement à la charge par le testateur. Cette acceptation tacite est aussi irrévocable que celle donnée expressément : nous aurons à revenir plus loin sur le point de savoir quand un legs est assez intimement lié à la charge, pour qu'en acceptant le premier on soit censé s'interdire le refus de la seconde.

(1) *Coutumes de Bourbonnois*, art. 296 ; Commentaire de Valin sur la *Coutume de La Rochelle*, art. 68, n° 8.

(2) Répertoire, v° Ex. Test.

La majorité des auteurs français admet cette irrévocabilité de l'acceptation (1).

L'opinion contraire a été soutenue par Vazeille (2); d'après lui, « l'exécuteur pourra renoncer à sa commission puisque la loi ne lui défend pas la renonciation. Mais, parce qu'il s'assimile au mandataire proprement dit, il ne pourra renoncer que dans les mêmes termes et sous les mêmes conditions ».

M. Laurent (3) nie qu'il y ait ici contrat : « l'exécuteur n'est pas obligé envers le testateur qui n'existe pas, ni envers les héritiers dont il n'est pas le mandataire. Il peut donc abandonner quand il le voudra la charge qu'il a acceptée ».

Denisart (4) pense que « celui qui aurait accepté et commencé à gérer la charge, pourrait s'en désister avant l'expiration de la gestion, en rendant un compte pour tout le temps qu'elle aurait duré. Seulement il ne pourrait répéter, en ce cas, l'honoraire que le testateur y aurait attaché ».

L'exécution testamentaire étant pour nous un mandat, c'est bien un contrat qui se forme lorsque l'acceptation de l'exécuteur se joint à l'offre du testateur : s'il y a contrat, il y a impossibilité pour une partie de se soustraire à ses engagements en dehors du même concours de volontés qui a contribué à les faire naître.

(1) Furgole, t. IV, ch. X, sect. IV, nº 22, p. 155. — Demolombe, t. XXII, p. 6, nºs 7 et 8. — Aubry et Rau, t. VII, p. 448, § 711.

(2) Art. 1025, nº 3.

(3) *Droit civil*, t. XIV, nº 330.

(4) Vº Ex. *Test.*, nº 5.

Mais il faut appliquer à l'exécuteur la fin de l'article 2007 et lui permettre de revenir sur son acceptation et de se désister en prouvant que la continuation de son mandat lui causerait un préjudice considérable : c'est l'assimilation de l'exécution testamentaire au mandat proprement dit qui fait admettre en principe l'irrévocabilité de l'acceptation ; c'est cette même assimilation qui doit faire appliquer l'exception finale de 2007.

L'exception est énoncée au Digeste (1) pour le mandat ordinaire : « Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet, nisi renuntiatum fit. Renuntiari autem ita potest, ut integrum jus mandatori reservetur, vel per se, vel per alium eamdem rem commode explicandi : aut *si redundet in eum captio, qui susccpit mandatum.* »

C'est cette loi romaine que reproduit l'article 2007 du Code civil qui autorise le mandataire à renoncer au mandat dans deux cas :

1° « En notifiant sa renonciation au mandant » ; la loi romaine donne la raison de cette notification : c'est pour permettre au mandant de pourvoir à la gestion de ses affaires en dehors du mandataire.

Cette exception à la règle de l'irrévocabilité de l'acceptation ne peut être appliquée à l'exécution testamentaire : le mandant est décédé, en effet, et ne peut ponrvoir au remplacement de son mandataire.

Mais il n'en est pas de même de la seconde exception qui convient parfaitement à l'exécution testa-

(1) L. 22, § dern. D., *Mand. vel contra* (XVII-I).

mentaire. L'exécuteur peut souffrir un préjudice considérable de l'obligation qu'il a contractée en acceptant le mandat ; sera-t-il contraint cependant de parachever la commission ? Non, certainement, et tous les auteurs lui reconnaissent le droit de se dégager de ces obligations trop onéreuses (1).

Lorsque l'exécuteur testamentaire refuse ou lorsqu'il se fait relever de son acceptation, qui devra pourvoir à l'exécution du testament ? Les tribunaux auront-ils le pouvoir de remplacer l'exécuteur testamentaire par un nouveau mandataire choisi par eux ?

En droit romain, il y avait un seul cas où le juge pouvait nommer un exécuteur testamentaire mais chargé d'une commission spéciale, c'est le cas d'un legs d'aliments et de plusieurs héritiers ; le juge pouvait « unum eligere per quem alimenta præstentur, aut ex voluntate defuncti, aut ex arbitrio suo » (2).

La coutume de Meaux et les Chartes générales du Hainaut permettent au juge de substituer d'autres personnes aux exécuteurs qui refusent la charge, mais aucune coutume n'autorisait à nommer des exécuteurs testamentaires lorsque le testateur n'en avait lui-même désigné aucun.

Ces dissentiments des coutumes ne leur ont pas survécu ; tous les auteurs (3) ont refusé aux tribu-

(1) Furgole, nos 22-23 ; Toullier, t. V, no 577.

(2) L. III, D., *Dealim vel cib. leg*, XXXIV, I.

(3) Saintespès-Lescot, t. V, no 1545 ; Troplong, t. IV, no 2036 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 457, § 711 ; Demolombe, t. XXII, no 108.

naux le droit de remplacer les exécuteurs qui renoncent ou font défaut. L'article 1025 autorise le testateur à nommer « un ou plusieurs exécuteurs testamentaires » ; la loi ne spécifie pas que cette nomination de plusieurs mandataires doit être faite collectivement. Le testateur a le droit de nommer lui-même un remplaçant au premier exécuteur choisi par lui, pour le cas où il ne voudrait ou ne pourrait pas mener à bonne fin l'exécution qui lui est confiée.

Si donc le testateur n'a nommé qu'un exécuteur c'est parce qu'il a voulu laisser à ses héritiers le soin de faire exécuter le testament, au cas où l'exécuteur nommé ferait défaut. Cette volonté du testateur doit être respectée et les tribunaux n'ont pas le droit de la corriger ou d'y suppléer.

Le testateur n'a-t-il désigné aucun exécuteur testamentaire ? Personne n'a le droit de le faire à sa place ; a-t-il nommé un exécuteur qui fait défaut ? son remplacement n'est confié à personne et personne ne peut s'attribuer le droit d'y pourvoir. L'exécution du testament sera, dans ce cas, confiée aux soins des héritiers.

Dans l'Etat de l'Illinois (1) (Etats-Unis), une loi du 1er avril 1872 sur l'administration des successions, règle l'exécution des testaments à défaut d'exécuteurs nommés ou, au cas de refus, de mort ou d'incapacité de ceux désignés.

La Cour confie l'exécution et l'administration de la succession au conjoint survivant, au plus proche

(1) *Annuaire de lég. étrang.*, 1873.

parent et, à leur défaut, à l'administrateur public du comté.

D'après la loi baltique, lorsque l'exécuteur fait défaut, l'exécution, si le *de cujus* n'a rien décidé à ce sujet, est confiée par le juge compétent à l'héritier ou au curateur de la succession. En Courlande, les héritiers constituent un mandataire et le juge n'intervient que s'ils n'arrivent pas à s'entendre (1).

Enfin, en Russie, le comité de la Société impériale philanthropique de Moscou exécute ceux des testaments confiés à sa garde qui sont au profit des pauvres assistés par la Société.

SECTION III

PAS DE CAPACITÉ SPÉCIALE DE REMPLIR UNE FONCTION PUBLIQUE

Mandat et exécution testamentaire sont, nous l'avons vu, des fonctions privées que l'on accepte ou refuse librement.

De cette identité de caractère découle une autre ressemblance entre le mandataire et l'exécuteur : ni l'un ni l'autre n'a besoin d'une capacité spéciale le rendant apte à remplir une fonction civile ou publique.

Les coutumes s'accordaient généralement sur cette question de capacité ; elles permettaient de nommer

(1) C. B., 2469.

exécuteur une femme mariée ou un mineur émancipé, mais non des religieux, des interdits ou des morts civilement.

Au début même, les prêtres séculiers ne pouvaient être chargés de cette commission; mais en 1784, Guyot (1) dit qu'il y a longtemps que la question n'est plus discutée et que la capacité des prêtres séculiers est universellement reconnue.

Il cite cependant une instance portée au parlement de Flandre entre le sieur Grandidier, curé du Beghinage de Valenciennes et la dame de Campagne, instance dans laquelle cette question était posée au juge, qui d'ailleurs la résolut en faveur du curé. Mais, en acceptant une exécution testamentaire, les prêtres étaient censés renoncer au privilège de la juridiction ecclésiastique, devenaient justiciables des tribunaux séculiers (2).

D'aprés la législation actuelle, on peut nommer une femme exécutrice, pourvu que le mariage n'ait pas diminué sa capacité de s'obliger et de disposer de ses biens. Il faut, en effet, que les biens de l'exécuteur garantissent aux héritiers une bonne gestion (3).

Un étranger peut être aussi nommé exécuteur, mais dans l'éxécution de son mandat cet étranger

(1) Répertoire.

(2) *Chartes générales du Hainaut,* Ch. 32, art. 14; Arrêt du Parlement de Paris, 26 av. 1635.

(3) *Sur la capacité de la femme,* Pothier, Ch. V, sect. I, art. I; Ricard, Part. 2, nº 67 ; Troplong, nº 2009.

sera soumis à la loi française qui est celle du défunt: l'exécution testamentaire, en effet, se confond avec les dernières volontés du défunt et dépend de son statut personnel : peu importent la situation même des immeubles et la nationalité de l'exécuteur.

En faveur de la capacité de l'étranger, un arrêt du tribunal de Colmar (1) du 8 novembre 1821 dit : « Considérant... que les fonctions d'exécuteur testamentaires ne sont pas publiques et peuvent par conséquent être remplies par toutes personnes... »

De même, un arrêt du tribunal de Paris du 12 janvier 1858 (2) reconnaît en termes exprès la capacité d'un étranger.

Enfin, un arrêt de la Cour de Bordeaux du 3 mars 1880 (3) considérant les fonctions d'exécuteur testamentaire comme un simple office d'ami, en conclut que l'étranger demandeur en mainlevée d'une opposition fondée sur des valeurs dépendant de la succession dont il est exécuteur, n'est pas obligé de fournir la « cautio judicatum solvi ».

Jurisprudence et auteurs sont donc sur cette question d'un avis unanime : il en est de même sur celle de la nécessité pour l'exécuteur testamentaire d'avoir la jouissance des droits civils. Depuis l'abolition de la mort civile, ce principe est d'une application plus rare, mais sert toutefois à exclure de l'exécution testamentaire comme incapable l'individu frappé d'interdic-

(1) Dalloz, Repert. de j. p. V. Disp. entre vifs ; et test. ; n° 4046.
(2) S, 58, 2, 542.
(3) S, 81, 2, 8.

tion légale par suite d'une condamnation judiciaire.

Le testateur peut encore choisir comme exécuteur un héritier ou un légataire : il peut certainement leur conférer cette mission tacitement en ne désignant personne pour exécuter ses dernières dispositions : pourquoi lui refuser le droit de déclarer d'une façon expresse qu'il nomme un de ses héritiers son exécuteur testamentaire ?

D'ailleurs, à l'origine, nous avons vu que l'exécuteur des testaments était toujours un héritier chargé spécialement de l'acquittement des legs.

Ce n'est que plus tard qu'on confia à des étrangers la mission de faire respecter et accomplir les dispositions de dernière volonté, mais il ne fut pas pour cela défendu de charger de cette mission de confiance un héritier ou un légataire (1).

Mais, si l'héritier désigné a l'intention d'attaquer le testament ou de ne l'accepter que sous certaines réserves, il est obligé de refuser la charge d'exécuteur.

Comme exécuteur, en effet, il aurait la mission de faire respecter la volonté du défunt et de défendre le testament en justice : il se trouverait donc être à la fois demandeur et défendeur, deux qualités essentiellement incompatibles (2).

Au contraire, on ne peut voir aucune incompatibilité entre l'exécution testamentaire et la tutelle ou

(1) Toullier, t. III, n° 579; Aubry et Rau, t. VII, p. 448, § 711; Demolombe, t. XXII, n° 9; Laurent, t. XIV, n° 328.

(2) Toullier, t. III, n° 579; Troplong, t. IV, n° 2011.

le conseil de tutelle. Ces deux fonctions semblent, au contraire, se compléter, avoir la même nature et tendre au même but. Aussi un tuteur ou un conseil de tutelle peut être valablement désigné comme exécuteur testamentaire par son pupille : chargé de l'administration de ses biens pendant sa vie, il continuera ses fonctions après la mort du pupille et sera mieux, à même que tout autre, d'interpréter et d'exécuter ses dernières volontés (1).

Le testateur peut enfin choisir comme exécuteur le notaire ou les témoins devant lesquels a été fait son testament (2).

L'article 8, de la loi du 25 ventôse an XI, interdit aux notaires de recevoir des actes contenant des dispositions en leur faveur : d'où il a été jugé que le testament dans lequel le notaire est désigné comme exécuteur testamentaire, est nul.

Mais il semble que l'exécution testamentaire étant une charge, un mandat, l'article 8 ne peut recevoir ici son application. On ne peut dire davantage que le notaire étant mandataire est partie à l'acte, au testament : le mandat, en effet, n'existe qu'à la mort du mandant. Au moment de la confection du testament, il n'y a qu'une seule partie, le testateur (3).

Nous admettons encore la capacité du notaire pour le cas où une rémunération ou un salaire est attaché

(1) Troplong, t. IV. nº 2012; Colmar, 8 nov. 1821; Dalloz. *Rép. de jp.* Vº *Disp. en vif et test.*, nº 4053.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 132 et notes 4 et 5.

(3) Cpr. Gand, 12 av. 1839. D. A. Vº not. nº 429; Cass. req. 4 juin 1883. D. P. 84. 1. 51.

à l'exécution par le testateur. Cette rémunération ne rend pas le notaire partie à l'acte : aucun contrat n'est encore formé au moment où le testament est rédigé; ce n'est que plus tard qu'on pourra dire qu'il y a mandat, lorsque, par son acceptation, le notaire se sera engagé (1).

Mais il est bien certain que si la disposition en faveur du notaire contenait une libéralité, elle serait nulle et le testament serait vicié (2).

Il n'y a pas davantage incompatibilité dans la personne d'un notaire entre la qualité d'exécuteur testamentaire d'un testament olographe et celle de dépositaire de ce même testament.

De ce que l'exécution testamentaire n'est pas une fonction publique, il suit que l'exécuteur, comme tout mandataire, n'a pas à donner caution pour garantir l'accomplissement de sa commission.

Les mandataires dont le droit romain admettait la nomination dans les testaments et dont le mandat, comme celui de l'exécuteur, ne devait s'accomplir qu'après le décès du testateur, devaient-ils fournir une caution? Deux lois du Digeste semblent se contredire sur ce point :

D'abord, la loi 3, *de alim. vel cib.*, XXXIV-1. Digeste : « Debebit autem is qui accipiet, *cavere* eis qui dabunt, redditurum se..... »

Celui de plusieurs héritiers que le testateur avait désigné pour acquitter des legs d'aliments recevant

(1) *Contra :* Douai, 15 janv. 1834; Dalloz, v° notaire, n° 414.
(2) Cpr. Gand, 6 février 1857.

des cohéritiers le montant de ces legs, devait leur garantir la restitution du montant de la part du légataire prédécédé.

Au contraire, la loi 7, *si quis plusquam per leg. Falc.*, dit : « Divus Pius ab eo, qui annua legata præcipere ad distribuendum jussus erat, *vetuit cautionem exigi* cessantium partes reddi ; ni aperte *cavere* jussus esset. » D'après cette loi, il faut une disposition expresse du testateur pour qu'on puisse exiger caution de celui des cohéritiers chargé de prélever certains revenus annuels pour les distribuer aux légataires.

Il faut, tout d'abord, remarquer que ces deux textes ne prévoient pas le cas d'une exécution testamentaire proprement dite, c'est-à-dire avec la généralité des fonctions qui la caractérise de nos jours. Mais, même pour ces mandats spéciaux donnés par testament, la loi romaine n'exigeait pas en principe qu'une caution soit donnée, et, de cette constatation, nous pouvons tirer un argument d'analogie. En effet, le mot *cavere* qui figure seul dans la loi 3 *de alim...*, ne signifie pas donner caution, mais simplement promettre. Donc aucun de ces deux textes ne parle d'un bail de caution obligatoire et la loi 7 *si qui...*, dispensant l'héritier chargé de distribuer des legs, de faire une simple promesse, prouve, *a fortiori*, qu'aucune caution ne pouvait être exigée.

Les pays de droit écrit et de droit coutumier s'accordaient pour ne pas exiger de caution d'un exécuteur testamentaire (1).

(1) Bacquet, *Du droit de bâtardise*, ch. VII, n° 14.

D'ailleurs, la fidélité de l'exécuteur comme celle du mandataire a été reconnue et sanctionnée par le choix qu'a fait librement le testateur ou le mandant. Le contrat est définitivement formé par l'acceptation de l'exécuteur et ce serait venir modifier une convention à laquelle on est étranger que d'exiger ensuite une caution de l'exécuteur. Cette solution doit encore être admise au cas où l'exécuteur est devenu insolvable à l'insu du testateur : le contrat est, néanmoins, parfait et doit recevoir son exécution.

Contrairement à la législation française, une loi de 1872 de l'Etat de l'Illinois a décidé que tout exécuteur ou administrateur doit fournir une caution suffisante et a permis spécialement au mari de cautionner sa femme exécutrice.

SECTION IV

GRATUITÉ

Comme le mandat, l'exécution testamentaire est gratuite de sa nature (1). C'est du côté du testateur l'idée de confiance, de la part de l'exécuteur celle de service d'ami, qui sont les principes de cette fonction, et tous deux excluent également l'idée d'une rémunération obligatoire. Le testateur peut accorder une récompense à son exécuteur, mais s'il n'a rien

(1) Article 1986.

décidé à ce sujet, son silence ne peut donner lieu à aucune réclamation.

Les mandataires romains nommés par testament n'avaient déjà pas droit à un salaire.

D'après la loi 88, § 1 *de legatis* II au Digeste, une personne chargée d'embaumer le corps du testateur a reçu de lui une certaine somme. Elle n'est pas employée complètement et on demande à qui le restant doit revenir. « Respondi, secundum ea quæ præponerentur, heredum commodo proficere ». On doit donc le rendre aux héritiers et l'exécuteur n'a pas le droit de se payer de ses services.

On comprend aisément qu'il en soit ainsi : les mandats spéciaux du droit romain qui s'exécutaient après le décès du mandant, avaient déjà le caractère de service d'ami, qui fait déclarer gratuite de sa nature l'exécution testamentaire.

Sur ce point, comme sur tant d'autres, les coutumes étaient en désaccord. Un arrêt du Parlement de Rouen, du 28 mars 1637 (1), refuse toute rémunération à l'exécuteur en dehors d'une disposition spéciale du testateur.

Au contraire, l'article 296 de la coutume du Bourbonnais accorde une rétribution : « Et pour ses vacations et salaires, se peut adresser au juge qui les lui taxera selon qu'il verra être à faire, sinon que le testateur, par son testament, en eût ordonné certain sa-

(1) *Commentaire de Basnage sur l'article 430 de la Coutume de Normandie.*

laire. « En 1754, Bacquet (1) dit que de son temps il était d'usage que le Châtelet de Paris taxât les exécuteurs testamentaires et il justifie cette coutume : « Autrement, dit-il, on verrait bien peu d'exécuteurs et il ne serait raisonnable pour plaisir avoir dommage et le plus souvent déplaisir... « officium autem nemini debet esse damnosum ».

Enfin, Denisart (2) rapporte que Valin, sur la Coutume de La Rochelle (art. 68, n° 49) est d'avis que les tribunaux devraient taxer un salaire à l'exécuteur testamentaire, lorsque les peines qu'il a prises lui ont causé un préjudice que sa fortune ne lui permet pas de supporter.

Les législations étrangères varient aussi sur ce point; d'un côté, le Code du Vénézuela reconnaît que la fonction de l'*albacea* est gratuite, et le Code Baltique (3) refuse à l'exécuteur le droit de réclamer des honoraires, si le testateur ne lui en a pas alloués. Mais, à l'inverse, d'après les lois du Brésil, l'exécuteur a droit à une rémunération à fixer : si le testateur ne lui en a pas laissé et s'il n'est ni héritier ni légataire par ailleurs, elle sera fixée par le juge, sans pouvoir excéder 5 0/0 et sera prise sur le disponible lorsqu'il y aura des réservataires.

L'article 2264 du nouveau Code civil allemand donne à l'exécuteur le droit d'exiger un salaire.

(1) *Op. cit.*, chap. VII, n° 14.
(2) V° Ex Test. § 4.
(3) Art. 2466.

Enfin, les Codes néerlandais (1) assimilent l'exécuteur à l'administrateur des biens d'absents. A défaut de rémunération fixée par le testateur ou à défaut de legs spécial, l'exécuteur ou les exécuteurs, s'il y en a plusieurs, pourront porter en compte le salaire attribué par l'article 522 aux administrateurs des biens des absents : ce salaire est actuellement 2 1/2 0/0 des recettes et 1 1/2 0/0 des dépenses.

En France, la question n'est plus discutée de nos jours et la gratuité du mandat de l'exécuteur testamentaire est universellement admise. Comme la doctrine, la jurisprudence est fixée en ce sens et n'admet pas qu'on fasse d'un exécuteur testamentaire et pour ce seul titre un légataire universel (2).

De cette gratuité, il résulte comme conséquence qu'il est inutile d'être capable de recevoir un legs pour pouvoir être exécuteur testamentaire. Le mineur capable de disposer par testament peut donc choisir son tuteur comme exécuteur testamentaire (3). Les père et mère qui ont épuisé la quotité disponible envers leur enfant naturel peuvent également le charger de l'exécution de leur testament (4) : ils pourraient même choisir un enfant adultérin ou incestueux.

Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les

(1) Titre XIII, art. 1068.

(2) Dijon, 2 av. 1874 ; S., 74, 2, 253 ; Cass., 30 nov. 1869 ; S., 70, 1, 119. — Orléans, 4 juill. 1885 ; D. P., 86, 2, 155.

(3) *Non obstat*, art. 907.

(4) *Non obstat*, art. 908.

officiers de santé et les pharmaciens peuvent être exécuteurs du testament d'une personne qui meurt à la suite de la maladie pendant laquelle ils l'ont soignée (1); de même un prêtre peut, malgré l'article 909, être choisi comme exécuteur par une personne qu'il a assistée dans sa dernière maladie, pourvu cependant qu'on ne prouve pas que l'exécution testamentaire ne lui a été confiée que pour éviter l'incapacité de recevoir (2).

Enfin, un conjoint en secondes noces qui a reçu de son conjoint tout ce que l'article 1098 l'autorise à recevoir peut, néanmoins, être exécuteur testamentaire de celui-ci.

C'est ainsi que les anciennes coutumes qui interdisaient au mari de rien laisser à sa femme par testament, ou réciproquement, les autorisaient à se choisir comme exécuteur testamentaire.

Nous avons déjà reconnu au notaire et aux témoins d'un testament, par acte public, le droit d'en être exécuteurs (3) : on peut voir l'origine de cette capacité dans celle du *tutor* du testament romain qui avait le droit d'être témoin (4).

Gratuite de sa nature, l'exécution testamentaire ne l'est pas de son essence.

Le testateur peut, en effet, soit pour s'assurer plus

(1) *Non obstat*, art. 909.

(2) Pau, 24 août 1825, Dalloz, nº 388-2º.

(3) Cass., 4 juin 1883, D. P., 84, 1, 51; Rapport de M. le conseiller Babinet, Dalloz, *J. G.*, vº Notaire, nº 414-3º.

(4) L. 20, D., *Qui test fac. pos.* (XXVIII-1).

de fidélité de la part de l'exécuteur, soit pour l'indemniser du serviced'ami qu'il lui rend, lui accorder « à titre d'honoraires la rémunération de son temps et de ses soins (1) ».

Un arrêt de la cour de Paris du 5 février 1833 (2) autorise le testateur à laisser á son exécuteur un présent même qualifié legs, pourvu qu'il soit proportionné au service rendu.

On peut dire aujourd'hui que l'exécuteur testamentaire reçoit toujours un présent ou un souvenir, appelé « diamant » précisément à cause de son caractère modique et accessoire.

Nous avons vu que les personnes incapables de recevoir par testament peuvent être cependant choisies comme exécuteurs testamentaires : ces personnes seront par là relevées de l'incapacité qui les frappe, en ce qui concerne le « diamant » pourvu qu'il conserve son caractère de rémunération. Si, sous les apparences d'un don rémunératoire se cachait un véritable legs, une dérogation aux articles 911, 1099 et 1100 du Code civil, la disposition serait certainement nulle. Les tribunaux auront dans ce cas à apprécier d'après les circoustances de fait la nature du don laissé à l'exécuteur.

En droit strict, un legs rémunératoire cesse d'être un legs par l'action accordée au bénéficiaire pour en obtenir le paiement, action née contre le testateur lui-même : au cas de legs fait à l'exécuteur testamen-

(1) Demolombe, *op. cit.*
(2) Dalloz., *op. c.* n° 3585.

taire, il n'y a pas d'action, le legs reste donc une simple libéralité et l'exécuteur incapable de recevoir par testament ne devrait pas pouvoir en profiter.

Cette considération ne doit pas guider le juge pour apprécier la rémunération accordée à l'exécuteur testamentaire : c'est le même principe qui fait refuser une action à l'exécuteur, c'est-à-dire le caractère d'office d'ami de l'obligation qu'il contracte, qui exige avec non moins de nécessité qu'une gratification lui soit accordée, indépendamment de sa capacité de recevoir par testament. Seuls, la modicité du legs et son rapport avec le service rendu doivent être pris en considération.

Lorsque le testateur a ainsi disposé en faveur de son exécuteur testamentaire, nous avons vu qu'il pouvait y avoir acceptation tacite de celui-ci, c'est-à-dire acceptation de la charge par celle du présent ou du legs. Quand y aura-t-il lieu de déduire ainsi une acceptation de l'autre ?

Lorsque le testateur voulant avoir dans la reconnaissance de son exécuteur une garantie de sa fidélité et de son dévouement, a déclaré expressément soumettre l'acceptation du mandat à celle de la gratification, aucune difficulté ne peut s'élever. Il est certain que le refus du legs entraînera ici le refus de la charge ou l'impossibilité de l'accepter : le testateur était libre d'imposer telle condition qu'il lui plairait à l'acceptation de son mandataire et sa volonté doit être respectée.

Il n'y aurait pas davantage sujet à discussion si le testateur avait précisé en termes exprès qu'il ne su-

bordonnait à aucune condition l'acceptation du mandataire et qu'il laissait complètement indépendantes l'une de l'autre la rémunération et la charge.

Mais, au cas de silence du testateur, quel rapport devra-t-on admettre entre le mandat et la libéralité ? Par quelle présomption interprètera-t-on ce silence ?

D'après une première opinion, le legs est présumé fait en vue de la charge.

C'est ce que dit, tout d'abord, l'article 135 de la coutume du Grand Perche : « l'exécuteur testamentaire n'est tenu d'accepter ladite exécution, si bon lui semble, sinon qu'il eût pris et accepté le legs testamentaire à lui fait : auquel cas sera contraint exécuter le testament. »

Delvincourt (1) applique l'ancienne loi romaine : « Omnibus qui contra voluntatem defuncti faciunt, ut, indignis auferatur hereditas (2). » Il critique Ricard (3) qui admet que le légataire désigné par le testateur pour être le tuteur de ses enfants, perd tout droit au legs qui lui a été fait, s'il n'accepte pas la charge de la tutelle, mais qui refuse d'étendre cette règle à l'exécuteur testamentaire qui n'accepte pas le mandat qui lui est offert. Delvincourt pense, au contraire, que les fonctions d'exécuteur étant moins onéreuses que celles de tuteur, celui qui les refuse doit *a fortiori* perdre tout droit au legs qui lui a été fait.

(1) *Cours de Code civil*, t. II, p. 95, note 5.
(2) Tit. V, *Paul. Sent.*, liv. III.
(3) *De don.*, part. III, ch. Ier, sect. III, nº 236.

Pothier (1) ne prévoit pas le cas où c'est un legs véritable qui a été laissé à l'exécuteur : il ne s'occupe que d'un présent et conclut, avec raison, que le non accomplissement de la charge fait perdre tout droit à cette gratification.

Denisart (2) admet aussi, en cas de silence du testateur, que le legs doit être présumé être le dédommagement des peines de l'exécution.

Au contraire, d'après Laurent (3), il ne peut y avoir présomption : « de présomption légale, il n'en saurait être question, dit-il, les présomptions de l'homme dépendent des faits de la cause et les faits variant d'une cause à l'autre, il est assez inutile de les prévoir *a priori* et impossible d'établir des règles à cet égard ».

Il faut donc laisser aux tribunaux le soin de décider le rapport qui unit la libéralité adressée à un exécuteur testamentaire au mandat qui lui est offert : cette opinion est celle de la majorité des auteurs (4).

Enfin, Demolombe (5) admet une double présomption. Il propose une distinction basée sur l'importance de la rémunération attribuée par le testateur à celui qu'il désigne pour exécuteur testamentaire. Cette rémunération peut être ou un véritable legs ou un simple salaire.

(1) *Don et Test.*, ch. V, sect. Ire, art. 3, § 3.

(2) Vo Ex.-Test., § 4, no 2.

(3) *Droit civil*, t. XIV.

(4) Duranton, t. IX, no 391. — Coin-Delisle, liv. III, tit. II, section VII, no 12. — Aubry et Rau, t. VII, p. 449, note 9.

(5) *Don. et Test.*, t. V, no 14.

Si, par son importance, la libéralité adressée à l'exécuteur testamentaire est trop disproportionnée avec le service que doit rendre celui-ci, il faut admettre que c'est un véritable legs indépendant de l'exécution et dont le légataire pourra profiter même en refusant le mandat qui lui est offert. Mais, Demolombe ne prétend pas qu'il y ait là une présomption « juris et de jure » et il admet que les termes du testament peuvent révéler assez clairement une intention contraire et faire, par conséquent, dépendre ce véritable legs de l'acceptation de la charge.

Si, au contraire, la rémunération accordée à l'exécuteur testamentaire peut être considérée comme un salaire, comme une juste compensation du service qu'il rendra, c'est la présomption contraire qui doit guider l'interprète.

Dans ce cas, salaire et charge sont la conséquence l'un de l'autre : accepter le salaire c'est s'engager à accomplir le mandat. Laisser l'exécution inachevée, c'est renoncer au legs, sauf le pouvoir des juges d'accorder un salaire correspondant à la partie de l'exécution menée à bonne fin.

L'opinion de Duranton nous semble devoir être complètement abandonnée.

La question que l'on a à trancher est une question d'interprétation de testament, c'est-à-dire d'un acte essentiellement indépendant de règles précises et soumis, dans ses dispositions, à la seule volonté du testateur.

Fixer *a priori* une interprétation d'un doute dans

la rédaction d'un écrit testamentaire est, nous semble-t-il, impossible.

Avec chaque espèce, avec chaque individu, les intentions varient et se manifestent d'une façon différente : ce n'est qu'un juge de fait qui pourra, pour chaque cause, fixer la volonté douteuse d'un testateur.

Pour cette interprétation, nous admettons comme un des moyens les plus sûrs d'induction la distinction si juste faite par Demolombe, mais sans que le juge ait à se limiter à cette seule présomption.

Sans doute, l'importance du legs sera le plus souvent une preuve certaine du lien qui, dans l'esprit du testateur, l'unissait à la charge ; mais tous les autres détails du testament, ses termes mêmes, la place respective des deux dispositions, nomination de l'exécuteur et institution du legs, serviront aussi à éclairer les juges et à donner à leur interprétation une certitude plus absolue.

La question du lien qui existe entre la charge de l'exécution et le legs fait à l'exécuteur se pose encore, au cas où le testateur a désigné comme exécuteur et gratifié une personne incapable d'accepter le mandat.

Nous verrons qu'un mineur ne peut être exécuteur testamentaire d'après l'article 1030 ; supposons qu'il ait été cependant désigné par le testateur, et que celui-ci lui ait adressé une libéralité.

Le mineur pourra-t-il en profiter ou, au contraire, n'aura-t-il aucun droit à cette rémunération? Si on est en présence d'un legs véritable, ayant sa raison

d'être par lui-même, indépendamment de l'exécution testamentalre, le mineur capable de recevoir un legs pourra certainement en profiter, bien qu'il ne puisse être exécuteur.

La solution de la question se complique si la libéralité a été faite en vue de la charge, en vue du service que rendra le gratifié en acceptant l'exécution du testament.

Il y a un legs fait sous une condition impossible et l'article 900 du Code civil prévoit ce cas et donne la solution de la question . « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois et aux mœurs seront réputées non écrites. »

La loi permet donc au mineur de profiter du legs : c'est la doctrine enseignée par Demolombe (1) et par Poujol (2).

Delvincourt (3) propose une distinction :

« Si le testateur le croyait majeur, je crois le legs caduc : *secus* s'il savait qu'il était mineur.

Dans ce dernier cas, la condition est contraire aux lois et sous ce rapport, elle est réputée non écrite.

Cette distinction n'a été acceptée après Delvincourt par aucun auteur et plusieurs l'ont formellement repoussée. « Qu'importe que le testateur connaisse ou non la minorité, dit Troplong (4); s'il a entendu su-

(1) *Op. cit*, nº 15.
(2) Art. 1025, note 3.
(3) Tome II, page 96, note 8.
(4) Tome IV, nº 2018.

bordonner sa disposition à l'accomplissement de la condition, le legs ne pourra recevoir d'effet : et réciproquement, si le legs est indépendant de l'exécution testamentaire, il n'en sera pas moins valable ».

Saintespès-Lescot (1) n'admet pas plus que Troplong, la distinction proposée par Delvincourt, mais d'après lui, le legs ne serait pas caduc même si le testateur l'avait subordonné à l'accomplissement de la condition ; « la condition est nulle et c'est comme si elle n'avait pas trouvé place dans le testament. »

Vazeille (2) ne tient pas compte pour trancher la question de la croyance qu'a pu avoir le testateur : d'après lui, c'est l'intention du disposant qui doit faire accorder ou refuser le legs au mineur. Si le legs ne semble pas avoir été uniquement déterminé par la charge qu'on voulait faire prendre au mineur, celui-ci pourra en profiter.

La distinction que fait Delvincourt est, nous semble-t-il, inadmissible ; il y a ici pour le mineur une question d'incapacité ou de capacité, et la volonté ou la croyance du testateur ne doit nullement intervenir. Le mineur pourra donc toujours recueillir le legs à lui adressé ; la généralité des termes de l'article 900 ne permet pas qu'on y ajoute une condition. Cette solution ne doit cependant pas être appliquée dans deux cas :

1° Si les termes mêmes du testament indiquent que le testateur a fait de l'acceptation de la charge une

(1) Tome V, n° 1553.

(2) *Succ. Don. Test.*, n° 3, art. 1030.

condition nèceesaire de l'attribution de la libéralité. Il en serait ainsi si le testateur n'avait entendu disposer que d'un simple salaire destiné à rémunérer l'exécuteur testamentaire de son temps et de ses services. Dans ce cas, la raison d'être de la libéralité est l'exécution, et par conséquent, cette dernière ne pouvant avoir lieu, la libéralité est non avenue.

2° Si du testament lui-même il ressort que le testateur connaissant, au moment où il l'a désigné, la minorité de l'exécuteur, ne l'a choisi cependant comme tel que dans l'espoir que cette incapacité n'existerait plus lors de son décès. Dans ce cas, la libéralité s'adresse au mineur devenu majeur et, par conséquent, capable d'être exécuteur testamentaire ; si donc le testateur décède avant la majorité de celui qu'il a désigné, celui-ci ne pourra recueillir le legs.

Dans ce cas, nous admettons la distinction de Delvincourt : pour que le legs soit caduc, dans cette dernière hypothèse, il faut que le testateur ait connu la minorité du gratifié.

Les mêmes solutions doivent être admises au cas où c'est une femme mariée qui a été désignée comme exécutrice testamentaire et où son mari ne l'autorise pas à accepter. Si un legs a été fait à la femme, sous condition qu'elle sera exécutrice, cette condition impossible est réputée non écrite et la femme pourra recueillir la libéralité.

Sauf toutefois, comme dans le cas précédent, s'il ressort clairement des termes du testament qu'on n'est en présence que d'un simple salaire ne pouvant exister

sans service rendu, sans charge à rémunérer (1).

Malgré le lien étroit qui dans un testament unit le legs laissé à l'exécuteur testamentaire à la charge qui lui est imposée, il est donc possible qu'une personne recueille une libéralité sans fournir en échange le service qui lui était demandé. Il peut arriver à l'inverse, nous l'avons vu, qu'un incapable de recevoir un legs soit néanmoins désigné comme exécuteur testamentaire et puisse en remplir les fonctions.

Le simple fait du service qu'il rend, de la charge qu'il accepte ne peut le rendre capable de profiter de la libéralité que la loi lui refuse.

Nous avons admis que cette incapacité ne s'étend pas au « diamant, » à la simple rémunération de la charge : c'est l'avis de Pothier (2) qui considère ce présent modique plutôt comme une juste récompense des soins de l'exécution que comme une donation.

Si c'est un simple salaire, on ne peut dire qu'il y a libéralité proprement dite, et la capacité de l'exécuteur de recevoir par testament ne doit pas être mise en cause : c'est, d'ailleurs, la doctrine des anciennes coutumes qui, sans distinguer les capables et les incapables de recevoir, permettaient aux tribunaux de fixer un salaire à l'exécuteur.

Si c'est un legs rémunératoire qui a été laissé par

(1) Cpr. Delvincourt, *op. cit.*, p. 96, note 9.

(2) Introduction au titre XVI de la *Coutume d'Orléans*, nº 125; *De don. et Test.* Ch. V, sect. I, art. 1. — Cpr. Toullier, t. III, nº 580, N. Denisart, § I. nº 7; Grenier, t. I. p. 586; Demolombe, *Test.* t. V. nº 19; Zachariæ, § 715, texte et note 12.

le testateur la question est plus embarrassante et c'est aux tribunaux de décider d'après les circonstances de fait s'il y a salaire ou véritable legs, si par conséquent l'exécuteur est capable ou incapable d'en profiter.

Nous avons repoussé déjà la théorie qui voit dans toute libéralité adressée à l'exécuteur un véritable legs différant d'un salaire par l'absence d'action.

On objecte encore que laisser aux tribunaux le soin d'apprécier d'après la modicité ou l'importance de la gratification s'il faut y voir un legs ou un salaire, c'est mettre dans la question une grande part d'arbitraire et ouvrir la voie à d'interminables procès.

Cet arbitraire ne peut exister, car les éléments d'appréciation sont nombreux et sûrs : d'un côté, en effet, l'importance de la succession et des soins que devra donner l'exécuteur, de l'autre la fortune du défunt et l'importance de la libéralité.

Demolombe indique encore un autre élément d'appréciation, la nature de la libéralité.

Est-ce un objet mobilier corporel ou une somme d'argent? Les juges devront être moins sévères lorsque le legs consistera en un bijou ou un objet d'art que lorsqu'ils seront en présence d'une somme d'argent dont le montant se rapprocherait d'un véritable legs (1).

Enfin, cette solution est conforme à l'esprit de liberté qui domine les dispositions testamentaires, et aux usages de la société actuelle de prouver par des

(1) Paris, 5 février 1833, D. P. 33, 2, 185.

cadeaux sa reconnaissance et sa gratitude. Parmi les incapables de recevoir, nous ne faisons même pas exception pour les notaires et les témoins du testament : la question est toutefois plus discutée et plusieurs auteurs (1) admettent que le testament nommant le notaire exécuteur testamentaire sous salaire, contient en sa faveur un avantage et un mandat qui le rendent partie à l'acte.

Mais si le notaire était partie à l'acte, il aurait accepté le mandat et ne pourrait le refuser à la mort du testateur, droit que pourtant personne ne lui conteste.

Un arrêt (2) de la Cour de Cassation a sanctionné cette différence entre le mandat et l'exécution testamentaire et a déclaré que le notaire pouvait recevoir le testament qui le nomme exécuteur bien qu'il lui soit défendu de recevoir la procuration qui le nomme mandataire.

Donc tout en reconnaissant que les tribunaux devront dans cette dernière hypothèse se montrer plus sévères, nous ne voyons pas de raisons suffisantes pour refuser au notaire et aux témoins le droit de recueillir la rémunération du service qu'ils rendent.

Au lieu de gratifier directement son exécuteur testamentaire, le testateur fait parfois un legs à un de ses proches parents, son fils ou sa fille, par exemple.

Quel rapport doit-on alors présumer exister entre

(1) Dalloz. V° Notaire, n° 414. Laurent, *op. cit.*

(2) Cass. 4 juin 1883, D. P. 84, 1, 51.

la charge à accepter par l'exécuteur et la libéralité dont doit profiter son parent?

S'il n'y a pas dans le testament la preuve évidente que l'acceptation de la charge est une condition nécessaire de celle du legs, on doit les déclarer indépendants l'un de l'autre : le gratifié pourrait donc profiter du legs, même si l'exécuteur testamentaire mourait avant d'avoir pu remplir son mandat ou refusait de l'accepter (1).

SECTION V

OBLIGATION DE RENDRE COMPTE

1. Dans quel cas et à quelle époque l'exécuteur doit-il rendre compte? — 2. A qui? — 3. Devant quelle juridiction? — 4. Composition des comptes. — 5. Responsabilité. — 6. Dispense de rendre compte.

I

En principe, comme tout mandataire, l'exécuteur testamentaire doit rendre des comptes à la fin de sa gestion. Mais cet exécuteur peut avoir reçu du défunt des pouvoirs plus ou moins étendus (2) : il peut

(1) Ricard, *De disp. cond.* Traité, II, chap. IV, nº 69.

(2) Pouvoirs de l'exécuteur qui n'a pas la saisine, Paris, 26 juin 1878, D. P., 79, 2, 100 ; Pau, 27 juin 1887, D. P., 88, 2, 252.

avoir été chargé d'exécuter lui-même le testament ou simplement de surveiller l'exécution qu'en feront les héritiers.

Dans ce dernier cas, il est bien évident qu'il ne peut y avoir de comptes à rendre : l'exécuteur n'a pas eu un rôle actif, il n'a été qu'un simple surveillant. Au contraire, lorsque le testateur l'a chargé d'acquitter lui-même les legs, de recevoir le paiement des créances, en un mot d'exécuter réellement ses dispositions, il lui a donné la saisine de son mobilier pour lui faciliter l'accomplissement de son mandat.

Ce n'est donc que lorsque l'exécuteur aura reçu cette saisine, qu'il sera tenu de rendre des comptes; c'est ce qui nous a permis de placer à ce point de notre travail, l'étude de la nature de cette saisine.

En outre, l'époque de la reddition du compte et celle de la fin de la saisine se confondent : d'où possibilité d'étudier ensuite la durée de la saisine, établissant en même temps la date où le compte peut être exigé.

I. *Nature de la saisine.* — Les anciennes coutumes considéraient la saisine comme de l'essence même de l'exécution et les confondaient pour ainsi dire : cela s'explique par l'idée qui fit admettre par ces coutumes l'exécution testamentaire, une idée de défiance à l'égard des héritiers. Aussi mandat de l'exécuteur et saisine finissaient à la même limite, avaient la même durée. Mais cette unanimité des coutumes cessait au sujet de l'étendue et

de la durée de cette saisine. Nous avons déjà vu leurs divergences sur ce point. Les unes la restreignaient aux meubles, comme, par exemple, la coutume de Paris (1), la coutume générale du duché de Berry et celle d'Amiens ; les autres l'étendaient aux immeubles. Celles-ci lui faisaient embrasser une quotité importante de biens : celles-là lui assignaient des limites restreintes ou la proportionnaient aux besoins de l'exécution.

Le Code a fait au contraire de la saisine un droit spécial que le testateur peut, selon sa volonté, accorder ou refuser à son exécuteur testamentaire. Aussi peut-il y avoir aujourd'hui et rencontre-t-on d'ailleurs assez fréquemment des exécuteurs non saisis et qui ont pourtant un mandat à remplir : lorsque le testateur a accordé par une disposition expresse de son testament la saisine du mobilier à son exécuteur, elle ne peut durer au delà d'une année ; mais, même après ce délai, le mandat de l'exécuteur peut durer sans que celui-ci reste comptable (2). Le Code a encore abandonné toutes les anciennes coutumes qui accordaient la saisine des immeubles. L'article 1026 est ainsi conçu : « Le testateur pourra donner à ses exécuteurs testamentaires la saisine de tout ou partie de son mobilier. »

Cet abandon des principes de l'ancien droit s'imposait au législateur de 1804.

En effet, bien que cette saisine ne s'oppose pas à

(1) Art. 297.

(2) Lyon, 30 juin 1877. D. P , 78, 3, 88.

la possession légale des héritiers (1), bien que l'exécuteur ne reçoive, pour ainsi dire, les meubles qu'en dépôt pour le compte de l'héritier et dans le seul but d'arriver plus facilement à l'exécution complète du testament, il n'y en a pas moins là une entrave apportée aux droits des héritiers; il fallait laisser le testateur libre, tout en assurant l'exécution de son testament sans en charger les héritiers, de transmettre à ceux-ci des droits dont ils puissent avoir la complète jouissance, dès le moment de son décès.

Malgré les termes absolus de l'article 1026 limitant à « tout ou partie du mobilier » la saisine que peut accorder le testateur, Duranton a soutenu que dans un cas il ne peut donner la saisine de tout son mobilier. C'est lorsque toute sa fortune étant mobilière le testateur laisse des héritiers réservataires; dans ce cas, la saisine des meubles que pourrait recevoir l'exécuteur ne devrait porter que sur la quotité disponible et laisser intacte la réserve.

La généralité des termes de l'article 1026 comparée d'ailleurs aux précisions des articles 1004 et 1006, la nature spéciale de cette saisine qui ne dépouille d'aucun droit les héritiers, enfin la faculté qu'ils ont de la faire cesser, nous empêchent d'admettre cette théorie.

Le Code du Vénézuela refuse la saisine à l'*albacea* lorsqu'il y a des réservataires; on peut d'ailleurs exiger que les héritiers ne pourront davantage être saisis sans l'intervention de l'exécuteur.

(1) Art. 724, 1006; Pau, 2 juin 1896; S. 97, 2, 311.

Les codes néerlandais étendent la saisine aux immeubles et aux meubles (1).

Le tribunal de Pau (2) a décidé qu'il n'était pas nécessaire de termes sacramentels pour conférer la saisine. Une personne chargée, par exemple, de remettre à une autre certains objets à titre de souvenir, a la saisine de ces objets en dehors de toute expression de volonté du testateur, car cette saisine est nécessaire pour l'exécution du mandat.

Lorsque la saisine a été ainsi régulièrement conférée à l'exécuteur testamentaire, quels seront ses effets? Quelle modification cette disposition apportera-t-elle aux droits ordinaires des héritiers saisis? Résoudre cette question, c'est fixer les limites du pouvoir exceptionnel que la loi donne au testateur de restreidre les droits de ses héritiers par la nomination d'un exécuteur testamentaire; c'est donc un des poins essentiels de notre étude.

La saisine de l'exécuteur n'exclut pas, nous l'avons déjà vu, celle des héritiers; elles n'ont donc pas la même nature.

En vertu de celle de l'article 724, les héritiers légitimes peuvent se mettre en possession effective de tous les biens composant la succession sans avoir à remplir aucune condition ni aucune formalité (3).

Au contraire, la saisine que le testateur peut ac-

(1) Titre XIII, art. 1054.

(2) 13 janvier 1890; D. P., 91, 2, 51.

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 366, § 609. — Demolombe, t. XIII, nº 133.

corder à son exécuteur n'est que « la détention des objets héréditaires » (1) qu'il appréhende de plein droit et sans demande préalable.

La saisine des héritiers et des légataires universels est de droit : celle de l'exécuteur n'est qu'une possession de fait dont le but est de lui permettre l'acquittement direct des legs et d'empêcher les détournements ; il n'a jamais l'*animus domini* et n'est que dépositaire.

L'exécuteur aura cette possession de plein droit si le testament est authentique ; s'il est olographe ou mystique, un envoi en possession semble être nécessaire conformément à l'article 1008 du Code civil (2).

Les héritiers ne sont donc jamais privés de la propriété et de la possession de droit du mobilier, ce qui leur permet de prescrire par l'intermédiaire de l'exécuteur : la saisine de ce dernier ne porte atteinte qu'à leurs pouvoirs d'administration.

L'exécuteur détenant le mobilier en qualité de sequestre, a le droit de le faire vendre à concurrence de ce qui est nécessaire pour acquitter les legs.

Il sera toujours tenu, il est vrai, d'obtenir auparavant le consentement des héritiers ou des légataires universels, mais, au cas de refus de ces derniers d'autoriser la vente, une sentence du juge pourra ordonner qu'elle ait lieu sans leur concours. De quelque façon que s'effectue la vente, son produit est versé entre les mains de l'exécuteur et les

(1) Colmet de Santerre, t. IV, n° 171 bis, 1.
(2) Huc, VI, n° 358.

héritiers ou les légataires universels n'ont aucun droit à faire valoir (1).

C'est encore l'exécuteur qui touchera les capitaux dus à la succession et les revenus déjà échus au décès du « de cujus » : il en donnera quittance, et pourra même actionner les débiteurs judiciairement pour les contraindre au paiement (2).

Mais, comme les héritiers seuls ont le droit de représenter la succession en justice, les poursuites que l'exécuteur peut faire contre les débiteurs héréditaires sont supposées n'engager aucune contestation sur le fond même du droit.

Il est certain que si le débiteur conteste l'obligation sur la poursuite de l'exécuteur, l'héritier devra être mis en cause pour que le jugement ne puisse être considéré comme non avenu à son égard.

Les héritiers et légataires universels toucheront à l'exclusion de l'exécuteur, les loyers ou fermages qui viendront à échéance postérieurement au décès du testateur et même pendant la durée de l'exécution. Ces revenus n'ont jamais appartenu au « de cujus » qui n'a pu, par conséquent, les comprendre dans la saisine de son exécuteur.

Mais celui-ci a le droit d'employer au paiement des legs, les sommes qui se trouvent en sa possession, soit deniers comptants de la succession, soit rem-

(1) Pothier. *Op. cit.* Ch. V. Sect. 1, art. 3, § 2 ; Toullier, t. V, nº 585.

(2) Toullier, t. V, nº 588 ; Demolombe, t. XXII, nº 57.

boursement des créances, soit enfin produits des ventes légalement faites.

Toutefois, comme l'exécuteur doit rendre compte aux héritiers ou aux légataires universels, il agira prudemment en se faisant autoriser par eux à acquitter les legs contestables : on peut d'ailleurs dire qu'en règle générale, l'exécuteur, avant d'agir lui-même, fera bien de mettre les héritiers ou les légataires universels en demeure de défendre eux-mêmes leurs intérêts (1).

MM. Aubry et Rau admettent que les légataires d'objets mobiliers ou de sommes d'argent peuvent former leur demande en délivrance indifféremment contre l'exécuteur ou contre l'héritier, sauf à celui qui a été ainsi actionné à appeler l'autre en cause (2).

Ce choix ne nous semble pas devoir être laissé aux légataires. L'exécuteur n'est pas en réalité le représentant de la succession : il est simplement chargé de l'exécution effective. C'est à l'héritier saisi de la possession de droit de l'hérédité qu'il appartient de faire la délivrance de droit, c'est-à-dire de permettre l'exécution matérielle de la disposition ; c'est donc à lui seul que doit s'adresser le légataire.

Enfin, les héritiers ne pourront, ni d'ailleurs l'exécuteur, obtenir la possession exclusive de papiers de la succession qui peuvent leur être également nécessaires ; ils seront consignés dans un dépôt public

(1) Pothier, *op. cit.*, ch. V, sect. I, art. 3, § 2. — Troplong, t. IV, n° 2003. — Demolombe, t. XXII, n° 69.

(2) Tome VII, p. 456, § 711.

pendant l'exécution, et chacun pourra les consulter en cas de besoin (1).

Lorsqu'il y a conflit entre la saisine des héritiers naturels et celle de l'exécuteur testamentaire, relativement à un legs particulier, par exemple les papiers intimes du défunt, les juges ne peuvent prescrire aucune mesure qui pourrait compromettre le sort du legs et le droit de propriété du légataire (2). Si l'exécuteur testamentaire s'y oppose expressément, les juges ne peuvent ordonner la communication aux héritiers naturels du défunt des papiers intimes légués à un tiers, pour y rechercher les preuves d'une captation ou d'une fraude (3).

Telle est la situation créée aux héritiers par la nomination d'un exécuteur testamentaire pourvu de la saisine du mobilier. Nous verrons plus loin si le testateur est libre de donner à son exécuteur des pouvoirs plus étendus.

II. *Durée de la saisine* — L'article 1026 maintient l'ancien terme que les coutumes donnaient à la saisine, l'an et jour. C'est donc à l'expiration de ce terme que l'exécuteur saisi du mobilier devra rendre ses comptes, puisque, dès ce moment, sa gestion est terminée.

L'article 1026 assigne comme point de départ (4)

(1) Bruxelles, 25 fév. 1818, D. alph. nos 4025-4062.

(2) Bordeaux, 29 mars 1887. D. P., 88, 2, 261 et la note.

(3) Même arrêt.

(4) Pothier, *Don., Test.*, nº 231 ; Toullier, t. III, p. 325, nº 594 ; Laurent, *op. cit.*, nº 343.

de ce délai le décès du testateur, mais la rigueur de cette disposition doit recevoir un tempérament nécessaire, au cas où l'exécuteur n'a connu le testament ou n'a pu se mettre en possession du mobilier qu'un certain temps après le décès du testateur. Ce n'est que du jour où il a eu connaissance du testament, où il a effectivement commencé ses fonctions, que doit courir le délai d'un an : en un mot sa gestion, l'exécution de son mandat, doit durer un an.

Ce délai fixé par la loi est le maximum que le testateur ne peut dépasser, et non, comme le prétendent certains auteurs (1), une disposition destinée à suppléer au silence du testament.

Le testateur aurait donc, d'après ces auteurs, la faculté de fixer un délai plus long à la saisine de l'exécuteur, si cela lui paraissait nécessaire ou utile à l'exécution.

D'ailleurs, disent-ils, qui peut le plus peut le moins : le testateur avait certainement le droit de ne rien laisser à ses héritiers, comment lui refuserait-on celui de mettre à ses libéralités telle condition qui lui plaira.

La majorité des auteurs modernes a combattu cette opinion et avec juste raison.

Les termes de la loi sont formels, mais moins cependant que ceux du rapport au Tribunat qui précéda la rédaction de l'article 1026 : « Il faut, dit-il, exprimer que la saisine, dans aucun cas, ne peut durer au-delà de l'an et jour (2): »

(1) Delvincourt, I, sur la page 264, note 5 ; Duranton, IX, 600.
(2) Fenet., t. XII. p. 462.

L'adage « Qui peut le plus peut le moins » ne doit pas s'appliquer ici. Le testateur peut, s'il n'a pas d'héritiers à réserve, disposer de ses biens comme il l'entend, mais ceux auxquels il les transmet doivent les recevoir sans des conditions purement vexatoires et des restrictions ridicules.

En ce sens, un arrêt de la Cour d'Alger du 20 janvier 1879 (1).

Pour les mêmes raisons, nous repoussons l'opinion de Troplong qui autorise le juge à proroger ce délai ; pas plus le tribunal que le testateur n'a le droit de modifier un texte de loi qui, comme l'article 1026, n'a besoin d'aucune interprétation.

Mais la saisine peut cesser avant l'expiration du délai d'un an.

D'après les lois du Brésil le délai est de un an et un mois, mais le juge peut accorder les prorogations nécessaires.

D'ailleurs le testateur peut laisser plusieurs années pour remplir la charge : toutefois, dans ce cas, l'exécuteur doit prouver l'impossibilité d'achever son mandat dans la première année.

Le juge a le même droit en Espagne pour proroger le délai de l'exécution.

La saisine cessera en droit français, d'abord quand le testament est complètement exécuté ; le mandat de l'exécuteur testamentaire étant déterminé, on ne peut faire durer plus longtemps une saisine qui n'a plus sa raison d'être : d'autant, qu'ainsi que nous l'avons

(1) D. P., 79, 2, 143.

vu, cette saisine est une violation du droit de propriété des héritiers que seule justifie l'exécution du testament (1).

En outre, l'article 1027 dit que « l'héritier pourra faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires la somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers ou en justifiant de ce paiement (2). »

C'est un droit absolu que cet article accorde aux héritiers, et une disposition du testateur donnant à l'exécuteur mandat de vendre tous les biens de la succession et de la liquider serait non avenue.

L'offre que doit faire l'héritier est une offre réelle qui équivaut, par conséquent, au paiement effectif des legs et à l'exécution complète des volontés du défunt.

La raison d'être de la saisine cesse et elle prend fin ainsi, avant l'expiration du délai d'un an.

Il y a des divergences nombreuses dans les coutumes sur cette faculté donnée à l'héritier de se charger de l'exécution : la coutume de Paris se tait sur ce point ; d'autres déclarent expressément la chose impossible. La coutume du baillage de Meaux (3) dit : « Si l'héritier paie le montant ou donne caution, l'exécuteur n'est pas dessaisi ».

(1) Merlin, Rep. V° *Ex test.* n° 8 ; Aubry et Rau, *op. cit.* § 711 n° 457 ; Demolombe, *op. cit.* n° 107.

(2) Lyon, 20 mai 1896, D. P. 96. 2. 273 ; S. 99. 2. 209.

(3) Art. 36.

La majorité des coutumes était en sens contraire (1).

Les différentes causes qui mettent fin à l'exécution testamentaire avant son achèvement complet, font cesser en même temps la saisine : ce sont : la démission volontaire de l'exécuteur, sa révocation ou sa destitution provoquée en justice par les héritiers, sa mort dans le cours de la gestion.

Ces divers évènements mettant fin à la saisine obligent l'exécuteur ou ses héritiers à rendre compte de la gestion pour le temps qu'elle a duré. En résumé, les comptes de l'exécuteur testamentaire doivent être fournis lorsqu'il cesse d'être saisi, et peu importe que l'exécution du testament soit ou non terminée.

Au cas de refus de rendre compte, à l'expiration du délai de l'article 1026, un jugement peut ordonner la liquidation judiciaire d'une succession, malgré la disposition testamentaire du *de cujus* qui a confié à un tiers, en qualité d'exécuteur testamentaire, le pouvoir de faire cette liquidation (2).

Avant l'achèvement de sa gestion, avant la fin de la saisine, un exécuteur testamentaire peut parfois rendre compte de la partie de son mandat qu'il a accomplie : c'est lorsque assigné en paiement d'un legs particulier, il veut faire fixer par un tribunal le

(1) Berry, Amiens, 66. Calais, VI, 90.

(2) Requêtes, 19 juin 1895. D. P., 95 1. 466.

reliquat actif de la succession et la réduction que doivent subir les legs (1).

Le Code de Vénézuela admet que le délai dans lequel doit se limiter la gestion de l'*albacea* est prolongé de droit s'il y a dans la succession des legs à terme ou conditionnels, jusqu'à l'échéance du terme ou à l'accomplissement de la condition ; de même pour des dettes à terme non liquidées ou conditionnelles.

II

A qui les comptes doivent-ils être rendus?

Il ne peut être question ici de les rendre au mandant comme dans le mandat ordinaire ; on ne peut considérer comme mandants les héritiers, et le testateur est mort.

En chargeant l'exécuteur testamentaire de veiller après sa mort à l'exécution de ses dernières volontés, le testateur a usé d'un droit légal et exceptionnel ; il dispose pour le temps où il n'existera plus, il limite des droits, ceux des héritiers, qui ne dépendent plus de lui.

Donner aux héritiers le droit d'exiger de l'exécuteur testamentaire une reddition de comptes après un an, c'est atténuer ce qu'a d'exorbitant le rôle de l'exécuteur, son ingérance dans les affaires de l'héritier, ou tout au moins la surveillance qu'il exerce au nom d'un mandataire défunt.

(1) Lyon, 30 av. 1885.

En outre, le concours des deux saisines de l'exécuteur et de l'héritier que nous avons reconnu exister, explique cette reddition de compte faite à l'héritier. Les anciennes coutumes, nous l'avons vu, n'accordaient la saisine à l'héritier qu'à l'expiration de celle de l'exécuteur.

Aujourd'hui, le principe a changé ; en réalité, l'héritier est lui-même saisi, et les droits de l'exécuteur testamentaire sur le mobilier, en admettant bien entendu que le testament lui en accorde, sont ceux d'un séquestre ; c'est l'héritier qui est le véritable possesseur, et on peut dire, à ce point de vue, que l'exécuteur testamentaire représente l'héritier ou le légataire universel ou à titre universel.

Une preuve de ce droit des héritiers concourant avec les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, est que ce dernier agira toujours prudemment en les mettant en demeure de se défendre eux-mêmes avant de répondre aux actions intentées par les créanciers de la succession.

Il devra, par exemple, au cas de legs contestables, demander aux héritiers ou aux légataires universels l'autorisation de les acquitter.

C'est pour cela que le reliquat du compte appartiendra à l'héritier ou au légataire universel, pour cela aussi que c'est à eux que l'exécuteur devra rendre compte.

On conçoit, dès lors, qu'il ne puisse être permis au testateur de dispenser de rendre compte ce mandataire qui, en réalité, ne lui en doit aucun à lui-même.

En cas de vacance de la succession et à défaut d'héritiers, c'est au curateur que l'exécuteur a dû faire nommer que seront rendus les comptes de gestion. Il représente, en effet, à la fois le testateur et les héritiers.

Les légataires même particuliers qui n'ont pas reçu leurs legs et les créanciers qui n'ont pas été payés, sont intéressés à la reddition de compte et peuvent y figurer. Ils n'ont pas le droit d'exiger que l'exécuteur reste plus longtemps saisi, ni que les héritiers leur donnent une caution, mais ils peuvent garantir leurs droits par les moyens de droit commun, notamment saisir-arrêter entre les mains de l'exécuteur les sommes qu'il pourrait avoir à l'expiration de la saisine.

Toutes les législations s'accordent pour exiger une reddition de compte de la part de l'exécuteur, mais elles diffèrent parfois pour désigner la personne qui doit le recevoir.

En Esthonie et à Riga (1), l'exécuteur doit un compte à l'autorité, si le testateur ne l'en a pas dispensé.

En Espagne (2), si les exécuteurs n'ont été nommés que pour distribuer les biens, d'après la volonté du défunt, les comptes doivent être rendus au juge : en dehors de ce cas aux héritiers. Toute disposition contraire du testateur est nulle.

En France, les comptes ne sont jamais rendus au

(1) Lher. *Dr. civil russe.*

(2) Lehr, *Dr. civil espagnol.*

juge, mais il peut avoir à intervenir. Si l'exécuteur ne peut faire accepter à l'amiable ses comptes, il peut avoir recours à des arbitres (1).

On actionne l'héritier ou le curateur en justice pour se décharger par la reddition de comptes de sa responsabilité de mandataire et de comptable. Les héritiers et les légataires ont aussi le droit d'assigner l'exécuteur en justice.

Dans ces deux cas, devant quel tribunal devra-t-on intenter l'action ?

Il y a sur ce point controverse.

III. — *Devant quel tribunal ?*

Pour répondre à cette question, deux principes sont en présence ; le premier est que toute action personnelle doit être portée devant le tribunal du domicile du défendeur ; le deuxième est basé sur l'article 59 du Code de procédure qui attribue au tribunal de l'ouverture de la succession toutes les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort.

Avant de discuter ces deux systèmes, quel était dans les coutumes, le juge compétent pour recevoir le compte de l'exécuteur? La législation coutumière sur ce point, comme sur tant d'autres, avait des dispositions très diverses.

(1) Furgole, n° 65.

La Coutume de Sens (1) admettait la compétence de l'évêque diocésain ; les Coutumes de Chaumont (2), de Troyes (3), de Vitry (4) et de Meaux (5) déclaraient les officiers royaux compétents, concurremment avec l'évêque. Excluaient l'évêque et n'admettaient que les officiers royaux et ceux du seigneur les Coutumes de Clermont (6) et de Valois (7).

Enfin, d'après les coutumes de Montargis (8) et de Bourbonnais (9), les juges ordinaires seuls étaient compétents.

La législation coutumière, avec ses décisions multiples et diverses, ne peut servir à l'interprète pour résoudre cette question de compétence : nous restons donc en présence des deux systèmes exposés déjà. La question peut être ainsi posée :

L'action en reddition de compte concerne-t-elle l'exécution du testament ou lui est-elle étrangère ?

Deux partis se sont formés dans la doctrine.

Duranton (10), dit que la reddition de compte n'est qu'indirectement relative à l'exécution qui est déjà achevée. Il applique l'article 527 du Code de procé-

(1) Art. 79.
(2) Art. 71.
(3) Art. 100.
(4) Art. 107.
(5) Ch. VII, art. 39.
(6) Titre II, art. 139.
(7) Titre XIII, art. 176.
(8) Chap. XIII, art. 9.
(9) Art. 296.
(10) Tome IX, n° 422.

dure qui porte « que les comptables commis par justice seront poursuivis devant les juges du lieu où la tutelle a été déférée : *tous autres comptables* devant les juges de leur domicile ».

Troplong (1) applique aussi l'article 527 et cite, à l'appui de sa théorie, un arrêt de la Cour de Paris, du 2 juillet 1839 (2) : cet arrêt considère l'exécuteur testamentaire comme un mandataire comptable auquel doit s'appliquer la règle de l'article 527 du Code de procédure, puisqu'il n'est pas fait pour lui d'exception à cette règle.

Dans le même sens, se prononcent encore Laurent (3) et Duvergier sur Toullier (4).

En sens contraire, et soutenant que le compte de l'exécuteur fait partie de l'exécution elle-même : Toullier (5), Vazeille (6), Poujol (7), Coin-Delisle (8), Saintespès-Lescot (9) et Demolombe (10).

« Il n'est pas certain, dit Vazeille, que l'exécution du testament soit achevée lorsque le compte doit se rendre : le compte a pour objet la vérification du fait. A-t-on exécuté? A-t-on bien exécuté?-A-t-on com-

(1) Sur art. 1031, n° 2029.
(2) D. P., 39, 2, 261.
(3) Tome XIV, n° 388.
(4) Tome III, n° 603, note a.
(5) Tome V, n° 603.
(6) Sur art. 1034, n° 2.
(7) Sur art. 1031, n° 9.
(8) Sur art. 1031, n° 9.
(9) Tome V, n° 1578.
(10) Tome V, n° 114.

plètement exécuté ? C'est au même juge à statuer sur les difficultés qui s'élèvent sur l'exécution à faire et sur l'exécution prétendue faite. »

Cette dernière théorie est, nous semble-t-il, préférable. D'abord, suivant notre ancienne jurisprudence (1), sur laquelle s'appuie la théorie contraire, l'action en reddition de compte était intentée devant le juge du domicile du comptable. Dans une matière traditionnelle comme l'est l'exécution testamentaire, nous n'hésiterions pas à appliquer cette règle si l'article 59 du Code de procédure n'y avait apporté une exception formelle ; en effet, la reddition de compte est comprise dans les termes de l'article 59, qui statue pour « les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort ».

L'article 1031 qui énumère les obligations de l'exécuteur testamentaire donne les différents actes qui composent son mandat : après l'apposition des scellés au cas où elle est requise, l'inventaire, la vente du mobilier au cas de besoin, la surveillance générale de l'exécution du testament, la défense de sa validité et l'acquittement des legs, l'article 1031 termine son énumération par l'obligation de rendre compte.

C'est que c'est là, en effet, le couronnement, le complément indispensable de toute gestion, de tout mandat, et le caractère particulier qui distingue l'exécution testamentaire d'un mandat ordinaire rend encore plus étroit le lien qui unit la gestion du comptable exécuteur et le compte qu'il doit rendre.

(1) Ordonnance de 1667, titre 29, art. 2.

La reddition de compte, en effet, atténuant ce que l'exécution testamentaire a d'exorbitant à l'égard de l'héritier, on ne peut concevoir encore moins d'exécution sans reddition de compte qu'un mandat ordinaire ; le compte à rendre est, pour ainsi dire, le dernier acte de la gestion de l'exécuteur en même temps que sa sanction.

D'ailleurs, ne peut-on pas dire qu'il a été prévu par le testateur, et que c'est en réalité pour obéir à ses volontés que l'exécuteur le rendra?

Considéré de la sorte, le compte de l'exécuteur ne peut plus être rendu que devant le tribunal de l'ouverture de la succession par application de l'article 527 du Code de Procédure.

IV. — *Composition du compte.*

Le compte de l'exécuteur testamentaire, comme tout compte clôturant une gestion ou un mandat ordinaire, comprend trois parties :

1° Recettes ; — 2° Dépenses ; — 3° Balance.

I. *Recettes.* — En première ligne, au chapitre des recettes, l'exécuteur portera ce qu'il a reçu au moment de l'inventaire, c'est à dire le mobilier dont il a eu la saisine ; ensuite, il inscrira toutes les choses et sommes qui lui sont parvenues pendant l'exercice de son mandat, par exemple : le montant de la vente des meubles qu'il a opérée, le recouvrement des créances de la succession. Rien, en effet, de ce qu'il

a touché en vertu de sa commission ne doit demeurer entre ses mains : « ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet » (1).

Doivent encore figurer au chapitre des recettes, les choses et les sommes que l'exécuteur aurait dû recouvrer et à l'occasion desquelles il a commis une faute ou une négligence. S'il n'y avait pas de sa faute, on appliquerait l'article 533 du Code de procédure et on ferait un chapitre particulier des objets à recouvrer qui ne l'ont pas été par l'exécuteur.

On applique en réalité les règles du compte du mandataire ordinaire qui « doit porter en recette non seulement les sommes et les choses qui lui sont effectivement parvenues, mais aussi celles qui lui devaient parvenir et qui par sa faute ne lui sont pas parvenues ».

II. *Dépenses.* — De ce que l'exécution testamentaire est un office d'ami, nous avons conclu que l'exécuteur ne pouvait exiger aucun salaire ; il ne pourra donc porter en compte aucune somme à ce titre, à moins qu'un legs ne lui ait été spécialement accordé par le testateur.

Certaines coutumes lui permettaient, au contraire, de porter en dépense du compte, des salaires et vacations : entre autres la Coutume de Bourbonnais (2) dit : « Et pour ses vacations et salaires, se peut adresser au juge qui les lui taxera selon qu'il verra

(1) L. 20. D. *mand. vel contr.* (XVII, 1).
(2) Art. 296.

être à faire, sinon que le testateur par son testament en eût ordonné certain salaire. »

Mais si tout droit à une rémunération est aujourd'hui refusé à l'exécuteur, tout le monde lui reconnaît celui de se retirer de son mandat au moins indemne et d'être remboursé des frais que lui a occasionnés sa mission, « *quippe sit iniquum damnosum cuique esse officium suum* (1). »

C'est ce que décide l'article 1034 qui porte : « Les frais faits par l'exécuteur testamentaire pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs à ses fonctions seront à la charge de la succession. »

Appliquée littéralement, la disposition finale de cet article est fausse : ce n'est pas toujours la succession qui doit supporter les frais de l'exécution.

Il faut distinguer selon qu'il y a ou non des héritiers réservataires ; s'il n'y en a pas, l'article 1034 est exact, mais dans le cas contraire, il faut diviser la succession en deux parties et faire supporter les frais de l'exécution à la partie qui en a profité ou à toutes deux si elles ont eu un égal intérêt.

Les frais de scellés, d'inventaire et de funérailles du défunt qui ont été utiles à la succession toute entière autant à la réserve qu'à la quotité disponible, seront imputés sur la masse héréditaire, comme le veut l'art. 1034. Mais les frais occasionnés par l'exécution des dispositions testamentaires imputables sur la portion disponible, comme ceux qui ont eu pour

(1) L. VII. D., Test. quem. aper. (XXIX, 3)

but d'assurer le paiement des legs ne doivent être supportés en définitive que par la portion disponible seule, la réserve ne pouvant être diminuée par des dispositions à titre gratuit.

Cette interprétation de l'article 1034 est admise sans difficulté par l'unanimité des auteurs (1).

Il faut, enfin, admettre que certains frais doivent rester définitivement à la charge de l'exécuteur testamentaire : ce sont ceux occasionnés par sa faute, ceux, par exemple, qui sont la conséquence de procès mal fondés soutenus par lui.

Les tribunaux devraient même ne pas appliquer l'article 1034 aux dépens des contestations suscitées à tort aux exécuteurs et les faire supporter uniquement par les auteurs desdites contestations (2).

En principe, l'exécuteur doit prouver les dépenses qu'il porte en compte ; c'est ce que dit Furgole (3) qui ajoute : « Il peut, néanmoins, en être cru sur son serment, à raison de certaines menues dépenses pour lesquelles on n'a pas accoutumé de prendre une preuve par écrit. » Précisant encore davantage, la coutume de Bourbonnais (4) disait : « Et est cru ledit exécuteur par son serment des frais de convoi, aumônes et messes célébrées ». Ces décisions conformes aux principes généraux doivent être maintenues dans

(1) Demolombe, t. V, n° 116. — Laurent, t. XIV, n° 387. — Saintespès-Lescot, art. 1034, n° 1591.

(2) Paris, 10 mai 1812, D. alph., n° 4115.

(3) T. IV, ch. X, sect. IV, n° 70.

(4) Art. 296.

le droit actuel : il n'y a pas de compte, en effet, sans pièces justificatives des recettes et des dépenses.

D'après les lois du Brésil, l'exécuteur ne peut faire les dépenses que devant le notaire ou la personne désignée par le testateur pour les inscrire : celles-là seules sont portées en compte.

Pour les autres on le croit sur serment ou sur déposition de deux témoins à concurrence de 650 r. s., on s'en rapporte à son serment pour les charges secrètes imposées par le testateur par lettres de conscience. Ces lois fixent aussi la durée de la responsabilité : pour les immeubles et revenus, 25 ans du jour où l'exécuteur les a reçus ; pour les meubles, 15 ans; pour les immeubles acquis malgré la défense légale, 40 ans, du jour du décès.

III. *Balance.* — Il arrive rarement que les deux chapitres précédents s'égalisent; la plupart du temps, l'exécuteur sera débiteur d'un reliquat ou créancier du surplus des dépenses sur les recettes. Dans ces deux cas, il faut appliquer à l'exécution testamentaire les deux articles 1996 et 2001 qui règlent la reddition de compte du mandataire.

D'un côté, l'exécuteur devra l'intérêt des sommes dont il est reliquataire du jour de sa mise en demeure; de l'autre, l'intérêt de ses avances lui sera dû par la succession du jour où elles auront été constatées.

Furgole (1), appliquant aussi les règles du mandat,

(1) N° 72.

admet que les intérêts du reliquat sont dus ; mais « dans la gestion de l'exécuteur, y ayant un compte réciproque et des compensations à faire, ces intérêts ne peuvent être demandés par celui qui se trouve créancier que depuis la clôture faite à l'amiable lorsqu'il n'y a pas eu d'interpellation judiciaire ; que s'il y a eu une demande en justice, les intérêts courent de ce temps-là ».

Aujourd'hui, cette question du point de départ des intérêts est résolue par les articles déjà indiqués et dont l'application à notre matière est admise par tous les auteurs.

Le reliquat qui, après reddition de compte, reste à l'exécuteur testamentaire, doit être remis aux héritiers, à moins cependant que le testateur ne le lui ait légué en termes exprès.

Mais, sauf cette disposition formelle, les héritiers doivent recevoir tout le reliquat et l'exécuteur ne peut même garder le montant de legs non encore échus.

C'est par une action personnelle que les héritiers feront valoir leurs droits et que l'exécuteur réclamera les intérêts de ses avances.

Les législations étrangères contiennent des décisions semblables à celles du Code français à ce sujet ; toutefois, le droit anglais (1) a pendant un certain temps attribué le reliquat à l'exécuteur.

Après acquittement des dettes et des legs, le compte général est présenté au *Board of Inlamp Revenue*

(1) Lehr, *Dr. civil anglais.*

qui fixe la balance d'après laquelle est dû le droit de succession. Puis il fut longtemps admis que ce reliquat était attribué au légataire universel, et s'il n'y en avait pas, à l'exécuteur qui le conservait en sa qualité même. Plus tard, au cas de volonté expresse du testateur qu'il n'en fût pas ainsi, le *next of kin* eut le droit de se le faire délivrer.

Depuis les ST II. Geo IV et I Will. IV, c. 40, même si le testateur semble avoir voulu laisser ce reliquat à l'exécuteur, celui-ci est établi par une « Court of equity » le « trustee » du « next of Kin » s'il y en a un : s'il n'y en a pas, l'exécuteur a un droit personnel. Les créanciers du « next of Kin » ne peuvent s'opposer à ce que l'exécuteur délivre à leur débiteur le reliquat ; ils n'ont d'autre ressource que d'attaquer immédiatement le « next of Kin ».

V. — Responsabilité de l'exécuteur.

La responsabilité de l'exécuteur testamentaire a toujours été admise par les anciennes coutumes (1) et par les auteurs et la jurisprudence moderne (2) : la logique, en effet, se refuse à concevoir un mandataire, un comptable irresponsable. D'ailleurs, la loi, si elle ne déclare pas expressément pour l'exécuteur testamentaire comme pour le mandataire (3) quelle

(1) Beaumanoir, Cap. XIII, n° 57.

(2) Cass. 27 août 1855, S. 55, I, 695 ; Aubry et Rau, t. VII, § 711. Demolombe, t. V, n° 109.

(3) Art. 1991, 1992.

est sa responsabilité, la suppose dans l'article 1028 qui exige de l'exécuteur la capacité de s'obliger, c'est-à-dire la possibilité d'être responsable. A défaut d'un texte de loi fixant la responsabilité de l'exécuteur, on doit appliquer comme le fit un arrêt de la Cour de Cassation de 1885 (1), les règles qui régissent cette matière à propos du mandat; elles sont contenues dansles articles 1991 et 1992.

1991 dit : « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution. »

1992 : « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. »

L'application de ces deux articles à l'exécution testamentaire se conçoit très facilement bien qu'elle se distingue du mandat par la manière dont se forme la convention : une fois le contrat formé, en effet, une fois l'assentiment de l'exécuteur donné, sa mission se confond avec un mandat ordinaire et sa responsabilité doit être celle d'un mandataire.

Fixer *a priori* les fautes dont l'exécuteur doit être tenu, soit lorsqu'il reçoit un salaire, soit lorsqu'il remplit une fonction gratuite est impossible (2).

(1) Déjà cité.

(2) *Contra* Demolombe n° 110.

La solution de cette question dépend, en effet, de circonstances variant avec chaque espèce et qu'un juge de fait peut seul apprécier ; c'est bien, d'ailleurs, l'esprit de la loi : les termes qu'elle emploie : « appliquer une responsabilité » ne peuvent se rapporter qu'à une décision judiciaire.

Lorsque l'exécuteur a reçu la saisine du mobilier, sa responsabilité doit être celle d'un comptable ordinaire, pour les placements qu'il fait, le recouvrement des créances et le paiement des legs qu'il opère.

De nombreux arrêts de jurisprudence ont fait des applications de ce principe (1).

Un des plus récents du tribunal d'Alger (2), a déclaré l'exécuteur responsable de la perte de sommes provenant de la vente du mobilier, subie dans la faillite d'un banquier chez lequel elles avaient été placées en compte courant : peu importent le crédit dont jouissait le banquier et le silence du testateur sur la manière de placer ces fonds.

Bien que cette solution ait été mise en doute, nous admettons la responsabilité de l'exécuteur même lorsqu'il n'a pas reçu la saisine. Dans ce cas, il est vrai, il n'est pas comptable ; mais, il est mandataire, chargé de surveiller l'exécution et il doit, par conséquent, répondre de l'accomplissement de ce mandat ;

(1) Lyon, 3 janv. 1883 ; *Mon. jur. de Lyon*, 21 av. 1883 ; Bruxelles, 3 janv. 1824 ; Pasicrisie-belge, 1824, p. 5 ; Cass. 27 mars 1827 ; D. Rép, V° *Disp.* n° 4094. 2°.

(2) 19 janv. 1880 ; *Jour. jp.*, Alger, t. LXXXI, p. 97.

les tribunaux auront à apprécier cette responsabilité et le feront plus ou moins sévèrement selon que l'exécuteur recevra ou non un salaire (1).

Lorsque dans le testament, l'exécuteur a reçu des droits plus étendus que ceux que la loi permet de lui conférer, si les héritiers ou les légataires n'élèvent à ce sujet aucune réclamation et si la gestion est faite d'après ces dispositions, l'exécuteur sera responsable comme s'il avait agi en vertu d'un mandat légal (2).

Le droit anglais admet une responsabilité spéciale de l'exécuteur testamentaire dans une hypothèse que notre droit n'a pas prévue. Toute personne qui s'immisce sans droit dans l'administration des biens du testateur est exécuteur « of his wrong, » ou de son tort. Elle est tenue des réclamations des créanciers du défunt à concurrence des « assets » (3) parvenus entre ses mains. L'exécuteur de son tort ne peut tirer aucun profit de son ingérence, tandis que l'exécuteur régulier peut, s'il est créancier du défunt, se payer par préférence aux autres créanciers de la même catégorie. Cet exécuteur est responsable de ses fautes les plus légères et même de ses négligences.

Jusqu'ici, nous avons supposé pour apprécier la responsabilité d'un exécuteur testamentaire que le testateur en avait nommé un seul. La question se complique si le *de cujus* a nommé plusieurs exécuteurs.

(1) Paris, 7 fév. 1850. D. P. 52. 2. 46.
(2) Bruxelles, 13 déc. 1837; Pas Belg. 1837. 2. 268.
(3) Biens héréditaires.

Comment pourront-ils agir et quelle sera la responsabilité de chacun d'eux?

Les législations étrangères contiennent des dispositions très différentes sur ce sujet : nous allons rapidement passer en revue les principales avant d'étudier la loi française.

En Espagne (1), en cas d'urgence seulement il est permis à l'un des exécuteurs d'agir seul ; ordinairement tous doivent participer à la gestion et s'ils sont en désaccord, la majorité décide.

La loi baltique (2) admet de même pour les cas urgents seulement le pouvoir d'agir indépendamment les uns des autres, sauf décision contraire du *de cujus* : mais ils sont toujours tenus solidairement, même si leurs fonctions ont été divisées.

La loi russe (2) admet les dispositions prises à la majorité des voix.

Le Code de Vénézuela (3), au contraire, reconnaît que les exécuteurs sont indépendants les uns des autres et ne sont solidaires que si leurs fonctions n'ont pas été divisées.

Enfin, dans le droit anglais (4), au cas de plusieurs exécuteurs, l'un d'entre eux, pourvu qu'il soit majeur, peut accomplir seul un acte d'administration. Tous, même les mineurs, doivent intervenir lorsqu'il s'agit d'une action relative à l' « estate ». En outre, d'après

(1) Lehr. *Op. cit.*
(2) Lehr. Dr. russe.
(3) De Lagrasserie. Code de Vénézuela.
(4) Lehr, Droit anglais.

le St 33 et 34, Vict., c. 71, § 23, la Banque d'Angleterre peut exiger qu'ils interviennent tous personnellement au cas de transfert de fonds appartenant chez elle au défunt.

En droit français, l'article 1033 dispose : « S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au défaut des autres, et ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée. »

Entre plusieurs mandataires ou comptables, la solidarité ne doit pas être présumée : elle ne peut exister qu'en vertu d'une convention ou de la loi. Dans l'hypothèse présente, il n'y a pas de convention possible et c'est l'article 1033 seul qui règle la question.

D'abord, lorsque plusieurs exécuteurs ont accepté le mandat, ils sont indépendants et chacun d'eux peut agir séparément : de solidarité dans la responsabilité de la gestion elle-même, la loi n'en parle pas et dans aucun cas, il ne saurait y en avoir, sauf si le « de cujus » l'avait expressément décidé. Il y a, toutefois, controverse sur ce point (1).

La loi ne parle de solidarité que pour le compte du mobilier et déclare les exécuteurs solidairement responsables de ce compte lorsque le testateur n'a pas

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 139. — Demolombe, t. XXII, p. 31.— Duranton, t. IX, p. 398.

divisé leurs fonctions et leur a donné la saisine du mobilier (1) : cette disposition surprend à première vue.

En effet, chacun des exécuteurs peut agir séparément, payer des legs, provoquer même la vente du mobilier et par ces actes engager la responsabilité des autres qui ne sont intervenus en aucune façon dans la gestion : le législateur a voulu, sans doute, par cette responsabilité, empêcher certains exécuteurs de se désintéresser complètement de l'accomplissement de leur mandat.

Ils sont libres de refuser la charge qu'on leur offre, mais s'ils l'acceptent, leur responsabilité est immédiatement engagée et le seul fait de négliger l'accomplissement de leur mandat ne peut suffire à les soustraire à toute sanction. Il est bien entendu, d'ailleurs, que s'ils n'ont pas reçu de saisine, 1033 ne peut pas être appliqué (2).

Si le testateur a divisé les fonctions entre les exécuteur, il n'y a même plus de solidarité pour le compte du mobilier : ils en auront été saisis séparément et en proportion de leurs fonctions respectives et chacun d'eux ne doit raisonnablement répondre que de la partie qui lui a été confiée.

Cette responsabilité ainsi établie de l'exécuteur existe envers toute personne intéressée à l'exécution fidèle du testament et dont les droits auraient été

(1) Arg. « leur a été confié ».

(2) Alger 19 janv. 1880, J. jp. Alg. 1881, p. 97.

lésés, c'est-à-dire, même envers les légataires particuliers (1).

Pourra-t-elle être détruite ou au moins diminuée par une disposition formelle du testateur, notamment par une dispense de rendre compte ?

VI. — *Dispense de rendre compte.*

Le testateur peut-il par une disposition expresse de son testament dispenser son exécuteur de l'obligation de rendre compte ?

Cette question a été controversée par les anciens auteurs comme par les modernes et on trouve dans l'une et l'autre des deux théories soutenues des autorités considérables et des arrêts de jurisprudence.

Contrairement à l'opinion de son temps, Ricard soutient l'affirmative et cite un arrêt solennel de la Cour de Paris, rendu le 23 décembre 1530, qui accorde ce droit de dispense au testateur.

D'après cette première opinion (2), le legs du reliquat du compte en faveur de l'exécuteur qui est valable d'après tous les auteurs, équivaut virtuellement à une dispense de rendre compte ; dès lors, pourquoi

(1) Arg. 1031, 1992.

(2) Nimes, 23 mai 1865, S., 65, 2, 285 ; Douai, 23 juin 1848, S., 48, 2, 364. — Zachariæ (éd. Vergé et Massé), t. III, p. 258, § 491. — Aubry et Rau, t. VII, p. 457, § 711. — Colmet de Santerre (Cont. de Demante), t. IV, n° 176 *bis*. — Troplong, t. III, n° 2028. — Duranton, t. IX, n° 406.

refuser au testateur le droit d'exprimer formellement la dispense, en laissant aux héritiers le droit d'exiger le reliquat déclaré par l'exécuteur ?

Deux conditions sont exigées par les auteurs qui admettent cette théorie sans lesquelles ils ne reconnaissent pas la dispense comme valable. En outre, Colmet de Santerre distingue deux hypothèses :

1. Si le testateur a laissé la propriété à ses héritiers, on ne peut lui permettre de leur enlever le moyen de contrôler les actes d'un mandataire qui administre leur propriété, et, par conséquent, de leur interdire d'exiger de lui des comptes de gestion.

2. Mais, si le testateur a légué à l'exécuteur le reliquat qui restera après le paiement des legs, les héritiers n'ont plus intérêt à l'exactitude de ce reliquat et, par conséquent, à la reddition de compte dont le testateur pourra accorder une valable dispense.

Si le legs du reliquat n'a pas été exprimé formellement, il faut rechercher l'intention du testateur. On ne peut, pour toutes les hypothèses, conclure à ce legs lorsqu'il n'y a dans le testament qu'une dispense de rendre compte et on doit penser alors que le testateur s'en est rapporté à la bonne foi de l'exécuteur, pour remettre aux héritiers le reliquat qu'il fixera sans rendre de comptes.

D'après cette première théorie, la dispense de rendre compte, sous les deux conditions indiquées déjà, obligerait les héritiers à s'en rapporter à la déclaration de l'exécuteur sur le montant du reliquat, et

l'affranchirait de la responsabilité de ses fautes : seul, son dol lui serait imputable.

Cependant cette conséquence trop absolue de la dispense avait effrayé Pothier, qui, tout en admettant la validité d'une semblable disposition du testateur, ne lui donnait comme effet que d'atténuer la responsabilité de l'exécuteur et de le faire juger moins sévèrement. C'est ce que disait aussi Furgole qui appliquait la loi 119, *de leg. I D.* à la dispense d'une administration future : « Si servus vetitus est a testatore rationes reddere, non hoc consequetur, ut ne, quod apud eum fit reddat, et lucri faciat, sed ne scrupulosa inquisitio fiat ; hoc est ut negligentia ratio non habeatur, sed tantum fraudium ».

Même avec cet effet restreint, la dispense de rendre compte faite par le testateur à l'exécuteur nous semble contraire aux vrais principes et ne pas devoir être admise : c'est d'ailleurs l'opinion qu'a soutenue la majorité des auteurs (1).

D'abord, la théorie contraire manque de logique. Elle admet, en effet, que l'exécuteur peut être dispensé de rendre compte tout en restant tenu cependant de verser le reliquat entre les mains des héritiers. Ces derniers ont donc un droit à faire valoir, droit qui repose sur une somme d'argent ou sur une qaantité de biens mobiliers constituant le reliquat de la liquidation faite par l'exécuteur.

Il ne peut y avoir de reliquat sans comparaison de

(1) Marcadé, art. 1031, nº 3. — Taulier, t. IV, p 169. — Vazeille, art. 1031, nº 14. — Demolombe, t. XXII, nº 119.

deux sommes, d'un côté le total des recettes, et de l'autre celui des dépenses : donner aux héritiers le droit de se faire remettre cette différence, c'est leur reconnaître implicitement celui de vérifier les deux éléments dont la comparaison fixera leur droits, en un mot de recevoir de l'exécuteur des comptes de gestion.

En outre, le législateur n'a pas négligé les droits des héritiers, en établissant les règles de l'exécution testamentaire : il a fixé des limites à la libre volonté du testateur et a prouvé par là que la nomination d'un exécuteur ne permettait pas de frustrer impunément les droits des héritiers : c'est pour cela que l'article 1028 a déclaré que : « Celui qui ne peut s'obliger ne peut être exécuteur testamentaire ».

Il y a sur ce point une profonde différence entre le mandat ordinaire et l'exécution testamentaire, différence qui provient précisément de la présence, à côté des intérêts du mandant, de ceux de tierces personnes, des héritiers, dont les droits doivent être sauvegardés.

De même qu'à la différence du mandant ordinaire, le testateur ne peut choisir comme il lui convient son mandataire exécuteur, ainsi il lui est interdit de le dispenser de rendre un compte, qui est en même temps qu'une garantie de bonne et fidèle gestion, une sauvegarde des intérêts des héritiers.

Enfin, un dernier argument de l'opinion contraire est basé sur l'adage : « Qui peut le plus peut le moins ». Cet argument, *a fortiori*, a été aussi invoqué par les auteurs qui veulent reconnaître au testa-

teur le droit de prolonger la saisine au delà du terme légal ; nous l'avons déjà réfuté à ce sujet et les mêmes arguments s'opposent à son application à l'hypothèse présente.

Le legs du reliquat fait à l'exécuteur testamentaire est donc valable, mais la dispense de rendre compte à lui accordée par le testateur doit être considérée comme non avenue.

SECTION VI

EXTINCTION DES FONCTIONS

Les diverses situations juridiques créées par les contrats cessent différemment selon la nature de la convention qui les a fait naître ; on distingue à ce point de vue les contrats intéressant les deux parties et ceux qui ne tendent qu'à l'utilité d'une seule ; les contrats à titre onéreux et ceux à titre gratuit ; les contrats dans la formation desquels la personnalité des parties est surtout prise en considération et ceux au contraire où on n'en tient aucun compte.

Etant donné la nature complexe de l'exécution testamentaire, ses ressemblances et ses différences avec le mandat ordinaire, ces deux institutions doivent avoir des modes d'extinction communs et d'autres différents. D'abord, la charge imposée à l'exécuteur testamentaire étant avant tout une mission de confiance comme le mandat ordinaire, fondée unique-

ment sur la considération de la personne désignée, la mort de celle-ci aura pour conséquence la fin de l'exécution.

Mort de l'exécuteur. — Furgole applique à l'exécution testamentaire le § 10 *Institutes, de mandato*, Lib. II, tit. XXVI : « Item si adhuc integro mandato, mors alterius interveniat, id est, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. » Il ajoute, qu'il pense « qu'on doit tenir pour règle que la mort fait cesser la commission ; que les héritiers de l'exécuteur testamentaire ne sont pas recevables à demander que l'exécution soit continuée par eux, parce que *industria personæ electa est*, et qu'on ne doit pas en faire nommer un à la place du décédé ». Il cite, à l'appui de son opinion, la coutume de Meaux (1), et celle de Nivernois (2).

Les dissentiments qui séparaient les coutumes sur cette question ne se retrouvent pas dans les auteurs qui écrivirent après leur rédaction.

Aujourd'hui, l'article 1034 disposant que : « les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne passeront point à ses héritiers » applique formellement à l'exécution testamentaire le principe que la loi établit pour le mandat dans l'article 2003.

L'analogie qui fait appliquer cet article doit également faire admettre, conformément à l'article 2010, qu'en cas de mort de l'exécuteur, ses héritiers doi-

(1) Art. 36.
(2) Chap. XXXIII, art. 3.

vent en avertir les héritiers et les légataires, et pourvoir en cas d'urgence à ce que les circonstances nécessitent. Parmi ces obligations non remplies par l'exécuteur et qui deviennent une charge de ses héritiers, l'une des plus importantes et qui se retrouvera dans toutes les hypothèses, est la reddition de compte de la gestion de leur auteur (1).

Mais, dans le cas où c'est surtout en considération de la personne morale d'un individu que le testateur l'a désigné comme exécuteur, la mort de la personne physique n'entraînera pas l'extinction du mandat ; à l'inverse, l'exécuteur devra cesser ses fonctions s'il perd la qualité en vue de laquelle il a été désigné. C'est ainsi que, si le testateur a choisi le président d'une société, le curé d'une paroisse, etc..., au cas de décès du titulaire, les fonctions d'exécuteur passeront à celui qui lui succèdera dans la qualité que le testateur semble avoir prise comme garantie d'une bonne gestion (2).

Il faut toutefois rechercher dans ce cas l'intention du testateur pour reconnaître quelle a été la considération déterminante de son choix ; s'il n'a exprimé que le titre, que la qualité sans nommer la personne, il sera probable que c'est surtout cette qualité qu'il a eue en vue, sauf toutefois, comme le dit Pothier (3),

(1) Coin-Delisle, obs. prél., n° 14. — Aubry et Rau, t. VII, p. 457, § 711, note 45.

(2) Toullier, t. V, n° 596. — Coin-Delisle, Obs. prél., n° 14. — Troplong, t. III, n° 2037.

(3) Intr. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans, n° 125.

si des liens de parenté ou d'amitié unissaient au *de cujus* la personne qui avait cette qualité au moment du décès du testateur ; le choix de celui-ci est ainsi expliqué en dehors de la qualité qu'il avait et qui est exprimée dans le testament.

Si les héritiers de l'exécuteur ne peuvent de leur propre autorité se charger de continuer la gestion, les tribunaux n'ont pas davantage le droit de pourvoir au remplacement de l'exécuteur défunt (1).

Renonciation de l'exécuteur. — Un autre mode d'extinction commun au mandat ordinaire et à l'exécution testamentaire est la renonciation du mandataire. Nous avons déjà vu que si la première partie de l'article 2007 est inapplicable à l'exécution testamentaire, il en est tout différemment de la deuxième.

Au contraire, le mandant étant décédé dans l'exécution testamentaire, il ne peut y avoir lieu à révocation de l'exécuteur, du moins de la même manière que pour le mandataire ordinaire.

(1) Troplong, t. IV, n° 2036. — Aubry et Rau, t. VII, § 711.

CHAPITRE III

Règles spéciales à l'exécution testamentaire.

SECTION PREMIERE

MODE DE NOMINATION

Le mandat ordinaire n'est pas un contrat solennel; aucune forme n'est requise pour l'existence ni pour la validité de la procuration. L'article 1985 dit en effet : « Le mandat peut être donné ou par acte public, ou par acte écrit sous seing privé, ou même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement. »

Cette liberté que laisse le législateur ne concerne que la procuration, c'est-à-dire l'offre qui précède le contrat de mandat; jusque-là, il n'y a d'intéressés que les parties. Mais lorsqu'il s'agit de faire la preuve du mandat, c'est-à-dire lorsque l'intérêt des tiers est en jeu, la loi revient aux règles générales et n'ad-

met la preuve testimoniale et les autres preuves que « conformément au titre des contrats ou des obligations conventionnelles en général ».

Pour l'exécution testamentaire, l'idée de testament l'emportera-t-elle sur celle du mandat? Y aura-t-il cette liberté de forme ou, au contraire, exigera-t-on pour l'accessoire, le mandat, les mêmes solennités que pour le principal, le testament?

Après avoir dit que la nomination de l'exécuteur peut être faite dans un testament ou un codicille, Furgole (1) ajoute : « Nous croyons même qu'elle peut être faite dans tout autre acte public ou privé qui suffirait pour constater un mandat, parce que nous montrerons bientôt que la charge de l'exécuteur testamentaire n'est autre chose qu'un mandat, comme l'insinuent les Loix et le droit canonique. »

La majorité des coutumes admettait comme valable la nomination contenue dans un acte authentique spécial. »

Pothier (2) exprime une théorie contraire et restreint au testament la forme valable de nomination de l'exécuteur : « Il est assez d'usage que les testateurs, pour procurer une plus sûre, plus exacte et plus diligente exécution de leurs dernières volontés, nomment *par leurs testaments* des personnes à qui ils la confient. »

Aujourd'hui, la théorie de Furgole ne peut plus

(1) Ch. X, sect. IV, n° 10.

(2) *Donat., Test.*, ch. V, n° 206. Intr. au titre XVI de la Coutume d'Orléans, n° 125.

être admise, et tous les auteurs (1) se rangent à l'avis de Pothier.

En faveur de cette opinion, il y a tout d'abord des arguments de texte, et la loi semble formelle.

Une première indication est donnée par la place qu'occupent, dans le Titre des Donations entre vifs et testamentaires, les textes qui traitent de l'exécution testamentaire; de plus, les termes employés par la loi, dans l'article 1025, fournissent une induction aussi certaine et aussi précise. Ce n'est qu'un testateur qui peut nommer des exécuteurs testamentaires, et comme on n'est testateur qu'au moment où on rédige ses dispositions de dernière volonté, ce n'est qu'à ce moment qu'on pourra comme tel désigner les personnes chargées de l'exécution du testament.

D'ailleurs, les principes généraux et la nature de l'exécution testamentaire dictent la solution que nous donnons. En effet, une clause qui concerne l'exécution du testament en est une partie essentielle et doit, par conséquent, se trouver dans l'acte même qui contient les dernières volontés du défunt.

En outre, bien que cette nomination ne soit pas en elle même une libéralité, il est certain, cependant, qu'elle modifie et qu'elle restreint les droits de l'héritier « ab intestat » : or, toute disposition qui porte atteinte aux droits qu'un testament a conférés à des héritiers doit être faite dans un acte revêtu de la forme testamentaire :

(1) Aubry et Rau, t. VII, p. 131. — Coin-Delisle, p. 486, n° 6, art. 1025. — Dalloz, *Rép. alph.*, n° 4027, t. XVI.

Ce n'est, en effet, que par de tels actes qu'une personne peut exprimer sa volonté au sujet de la dévolution et de la distribution de ses biens après sa mort (1).

Si l'exécuteur testamentaire ne peut être nommé que par testament, la forme de celui-ci importe peu et la nomination sera valable, qu'elle soit contenue dans un testament olographe, par acte public ou mystique. Elle peut même être contenue dans un testament différent de celui dont elle doit assurer l'exécution.

D'ailleurs, ce que veut la loi ce n'est pas que la nomination soit faite toujours dans un véritable testament, c'est-à-dire dans un acte disposant lui-même des biens du testateur, et on ne comprendrait pas une telle exigence.

Ce qui est nécessaire à la validité de l'exécution testamentaire, c'est qu'elle soit contenue dans un acte de dernière volonté, qui peut d'ailleurs ne comprendre que cette seule disposition, n'être qu'un simple codicille (2). « Entre testament et codicille, il n'y a pas de différence », dit Loysel (3). Cela est surtout exact au point de vue de la nomination d'un exécuteur testamentaire ; ce que le code interdit, c'est un simple acte notarié ou un acte sous-seing privé ; le codicille n'est ni l'un ni l'autre, c'est avant tout un acte testamentaire.

(1) Coin Delisle, *op. cit.*, n° 6 ; Zachariæ, t. V, p. 389.

(2) *Contra* Laurent, t. XIV, n° 324. — *Pour* Demolombe, t. V, n° 22. — Aubry et Rau, § 711.

(3) *Inst. Cout.*, n° 300.

Le testateur n'est pas obligé d'employer des expressions sacramentelles ; les juges ont un libre pouvoir d'appréciation pour interpréter sa volonté non d'après les termes qu'il a employés mais d'après son intention.

La jurisprudence contient de nombreuses applications de ce principe, en voici quelques-unes :

Un arrêt de la Chambre des requêtes (1) déclara constituer un legs universel et non une institution d'exécuteur testamentaire la clause par laquelle un testateur avait légué à une personne tous les biens qui composeraient sa succession, avec prière de les distribuer à ses légataires particuliers et d'accepter comme rémunération une tabatière d'or valant trois cents francs.

Lorsqu'il sera établi qu'une institution universelle n'est que simulée et n'a pour but que de cacher un fidéicommis et de protéger frauduleusement contre l'action des héritiers *ab intestat* les dispositions faites au profit des incapables, on devra ne voir dans la légataire qu'une personne interposée et la considérer comme un exécuteur testamentaire (2). En dehors de toute simulation, lorsque des autres dispositions du testament ou de leur comparaison avec un testament antérieur, il résulte que le testateur a faussement qualifié une personne de légataire universel et qu'elle est en réalité un simple exécuteur testamentaire,

(1) Req. 14 juillet 1830 (D. alp., n° 3594).
(2) Req. 30 novembre 1869 (D. P. 70, 1, 202),

c'est cette dernière qualité qu'on devra lui reconnaître (1).

Par exemple, la personne qualifiée de légataire universel par le testateur qui n'est investie d'aucune universalité de biens et est seulement chargée de remettre à un tiers désigné le surplus de l'actif de la succession après l'acquittement du passif et des legs, est un simple exécuteur testamentaire (2).

Mais, on exige pour certaines charges des termes formels et précis : c'est ainsi qu'il a été jugé que les termes d'un testament antérieur de trois ans au décès et ainsi conçu : « J'institue légataire universel et exécuteur testamentaire mon vieil ami X... qui connaît mes dernières intentions qui sont toujours restées les mêmes, » ne sont pas assez explicites pour en déduire le droit pour l'exécuteur de régler, à sa volonté, la cérémonie des funérailles du défunt (3). Dans cette espèce, l'exécuteur voulait faire procéder à un enterrement civil, malgré le désir contraire de la mère du défunt.

Ces divers arrêts prouvent suffisamment combien sont étendus les pouvoirs d'appréciation laissés aux juges de fait pour l'interprétation des clauses testamentaires.

Lorsqu'un exécuteur a été ainsi valablement nommé dans un testament, il ne peut être révoqué par un acte sous-seing privé, même signé et approuvé par

(1) Orléans, 27 février 1869 (D. P. 70, 2, 90.
(2) Orléans, 4 juillet 1885; D. P. 86, 2, 196.
(3) Paris, 19 août 1881, S. 83, 2, 245.

le défunt, si ce n'est pas lui qui l'a écrit. Mais l'article 1035 permet de faire cette révocation comme celle des autres dispositions testamentaires « par un acte devant notaire portant déclaration du changement de volonté. »

On ne pourrait d'ailleurs, voir une révocation d'un exécuteur dans la nomination d'un autre, faite dans un testament postérieur, pourvu que l'intention du testateur n'ait pas été exprimée formellement, et que les deux clauses ne soient pas absolument incompatibles.

Les deux nominations faites successivement et d'une façon indépendante doivent être maintenues l'une et l'autre.

Les Codes étrangers présentent des particularités intéressantes à propos de la nomination des exécuteurs : nous ne citerons que les principales.

Le nouveau Code civil allemand (1) distingue quatre modes de nomination de l'exécuteur :

1° par testament (2). — 2° par un tiers (3).

« Le testateur peut abandonner à un tiers la détermination de la personne de l'exécuteur testamentaire. La détermination se fait par une déclaration devant le tribunal de la succession : cette déclaration doit être donnée en la forme authentique. »

3° par l'exécuteur testamentaire (4). Le testateur

(1) 1er janv. 1900.
(2) Art. 2197.
(3) Art. 2198.
(4) Art. 2199.

peut donner pouvoir à l'exécuteur de nommer un ou plusieurs exécuteurs adjoints, ou de se nommer à lui-même un successeur. La nomination se fait d'après l'article 2198.

4° par le tribunal de la succession, lorsque le testateur dans son testament l'a prié de le faire.

La nomination de l'exécuteur qui, en droit français est une partie accessoire du testament, joue un rôle important en droit anglais.

Bien qu'aujourd'hui un testament soit valable sans contenir nomination d'exécuteur, c'est si rare que les auteurs anglais supposent à peine la possibilité d'une semblable hypothèse. Tout testament régulièrement fait contient cette nomination.

Elle peut d'ailleurs résulter non seulement de la volonté expresse du testateur, mais encore du fait qu'une personne se trouve chargée par le testateur d'entreprendre quelqu'un des actes qui rentrent dans les fonctions de l'exécuteur ; on peut même le devenir par représentation ; par exemple l'exécuteur d'un exécuteur exercera ses fonctions sur les deux testaments. Les auteurs anglais expliquent cette conclusion par l'idée de confiance qui est à la base de toute nomination d'exécuteur et qui semblerait plutôt être contraire à la règle admise en droit anglais : ayant confiance dans son exécuteur, le testateur doit avoir aussi confiance dans celui que celui-ci désignera.

Dans la législation du Danemark (1), on trouve

(1) Code de Christian V de 1683 ; Anthoine de Saint-Joseph ; Concordance des Codes civils, II, p. 255.

une intervention de l'autorité toute exceptionnelle et spéciale à ce code. Cette disposition date du dix-septième siècle mais est encore en vigueur aujourd'hui. Pour que la nomination d'un exécuteur soit valable, il faut que le testateur ait soumis cette nomination à l'appréciation du gouvernement et qu'il en ait obtenu l'approbation : si cette formalité n'est pas remplie, la nomination de l'exécuteur est nulle et les héritiers sont chargés de l'exécution.

Enfin, le « Civil Code of the state of Louisiana » redigé d'après le modèle du code Napoléon, s'en sépare cependant en déclarant la nomination d'un exécuteur essentielle dans un testament : si le testateur a omis cette nomination, le juge devra y suppléer.

Cette disposition est due sans doute à l'influence de l'ancienne règle anglaise et de l'usage qui s'est toujours maintenu en Angleterre.

SECTION II

CAPACITÉ DE S'OBLIGER

La loi n'exige aucune condition spéciale de capacité du mandataire ordinaire ; quelles sont donc les garanties qu'aura le mandant d'une bonne gestion de ses intérêts ?

Une première sera une garantie morale, la confiance que lui a inspiré son mandataire, basée

sur son honnêteté, sur ses connaissances spéciales, sur les liens d'amitié ou de reconnaissance qui l'unissent à lui. En outre, si la confiance du mandant a été trompée, si son mandataire se montre infidèle, le droit de révocation qui est absolu et qui peut s'exercer sans être appuyé sur aucune raison précise, permet au mandant d'arrêter à temps les effets funestes d'une mauvaise gestion de ses intérêts.

Enfin, en admettant que le mandant néglige de révoquer son mandataire incapable, il ne compromet que ses intérêts et ne peut reprocher qu'à lui-même d'avoir choisi un représentant contre lequel il n'a pas d'action.

Au contraire, dans l'hypothèse d'une exécution testamentaire, les seuls intérêts en jeu sont ceux des héritiers et des légataires qui n'ont pas participé à la nomination de l'exécuteur et ne le connaissaient peut-être même pas avant l'ouverture du testament. Il n'y a donc pas ici ce sentiment de confiance personnelle qui apparaît dans le mandat ordinaire ; il n'y a pas davantage cette facilité de révoquer un mandataire infidèle. Au cas de mauvaise gestion, les héritiers devront intenter une action en justice, établir et prouver les griefs qu'ils ont contre l'exécuteur, et ce n'est que de cette façon qu'ils pourront obtenir contre lui une sentence de révocation.

D'après les règles générales du mandat, les héritiers et les légataires n'auraient donc aucune action, aucune garantie contre l'exécuteur, qui est, cependant, en quelque sorte, le représentant de leurs intérêts.

Si la loi a permis au testateur de se procurer, en nommant un exécuteur testamentaire, des garanties contre ses héritiers, elle a exigé aussi que les héritiers en aient contre l'exécuteur : la plus naturelle et la plus efficace est d'exiger que celui-ci soit capable de s'obliger.

Mais cette capacité n'est requise qu'à l'époque de l'exécution et le choix du testateur peut porter sur une personne mineure au moment de la confection du testament, pourvu qu'elle soit capable, à l'époque du décès, alors qu'elle devra effectivement entrer en fonction : c'est ce que signifie l'article 1028 lorsqu'il dit : « ne pourra *être* exécuteur testamentaire », au lieu de : « ne pourra *être nommé*, » par exemple.

« Celui qui ne peut s'obliger ne peut être exécuteur testamentaire. » Tel est le principe exprimé dans l'article 1028 dont les deux articles suivants contiennent des applications.

Femme mariée. — Aux termes de l'article 1990, la femme mariée peut accepter un mandat sans autorisation de son mari : mais, dans ce cas, le mandant n'a d'action contre elle que d'après les règles établies au titre « du contrat de mariage et des droits respectifs des époux. » D'où, le mandant obligé vis-à-vis des tiers par les actes de la femme mariée mandataire, ne peut agir en responsabilité contre elle, si elle a mal exécuté la commission, ou du moins elle pourra lui opposer son incapacité.

En maintenant cette règle dans l'exécution testamentaire on aurait mis les héritiers à la merci d'un

exécuteur, ce qu'ont voulu empêcher les articles 1028, 1029 et 1030.

D'après l'article 1029 : « La femme mariée ne pourra accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari. Si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219 au titre du mariage. »

Dans les coutumes, les femmes mariées pouvaient être exécutrices, mais avec l'autorisation de leur mari que celle de justice ne pouvait remplacer. Ce principe généralement admis, semble combattu par Louis Legrand (1) qui dit : « Elle ne doit pas plus s'immiscer là dedans que dans toute autre affaire politique ou civile. »

Le droit d'une femme mariée d'engager ses biens comme garantie de ses obligations, c'est-à-dire sa capacité de s'obliger, dépend du régime matrimonial par lequel est régie sa situation.

Le régime de communauté, le régime exclusif de communauté et le régime dotal en ce qui concerne les biens dotaux, donnent au mari un droit d'usufruit sur les biens de sa femme. Sous ces trois régimes, la femme mariée autorisée par la justice seulement, n'est capable d'engager que la nue-propriété de ses biens, le mari ne pouvant être dépouillé de l'usufruit

(1) Commentaire aux Coutumes du Bailliage de Troyes.

que lui accorde la loi. D'où la première disposition de l'article 1029 : la femme ne peut accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari. En donnant son autorisation, en effet, le mari est censé avoir renoncé à son usufruit et peut ainsi donner à sa femme le droit de garantir ses obligations par la pleine propriété de tous ses biens.

Mais, la séparation de biens conventionnelle ou judiciaire conserve à la femme mariée la pleine propriété de ses biens.

Si elle ne peut cependant s'obliger sans une autorisation, son incapacité tient uniquement à sa qualité de femme mariée et non à une limitation de son droit d'engager ses biens comme garantie de ses obligations.

Aussi une décision de justice peut, comme une autorisation du mari, rendre la femme séparée de biens entièrement capable d'accepter une exécution testamentaire et d'offrir aux héritiers un recours suffisant.

Le législateur n'a pas parlé dans le second alinéa de l'article 1029 du cas où la femme mariée sous le régime dotal a des paraphernaux. Il est généralement admis que cette femme conservant sur ses biens un droit complet de propriété, doit être assimilée au point de vue de sa capacité d'être exécutrice, à la femme séparée de biens. Le silence de la loi s'explique, d'ailleurs, en dehors de l'intention d'exclure cette assimilation : à l'époque de la rédaction de l'article 1029, le régime dotal était très discuté et son admission dans le Code était bien peu certaine : tous

les auteurs (1) ont admis cette raison comme la seule expliquant le silence de l'article 1029 à propos de ce régime.

Toutes les législations refusent à la femme mariée la capacité absolue de s'obliger sans autorisation et spécialement celle d'accepter une exécution testamentaire : certains codes contiennent, à ce sujet, des dispositions intéressantes.

Le Code civil de Neufchâtel (2) interdit complètement à la femme mariée d'accepter les fonctions d'exécutrice ; l'autorisation de son mari ou de la justice ne peut lui donner cette capacité.

Dans le canton du Valais, on exige pour pouvoir être exécuteur testamentaire la faculté de disposer librement de ses biens au lieu de la capacité de s'obliger. Ce principe n'entraîne-t-il pas comme conséquence que la femme séparée de biens n'a besoin d'aucune autorisation pour accepter les fonctions d'exécutrice.

Enfin le Code du Tessin (3) ne permet à la femme mariée d'être exécutrice que de son mari.

Le Code civil du royaume des Pays-Bas (4) est encore plus sévère et interdit complètement à la femme mariée de remplir ces fonctions.

(1) Troplong, t. III, n° 2015. — Marcadé, art. 1029. — Demolombe, t. V, n° 27. — Colmet de Santerre, t. IV, n° 174, *bis* 1. — Aubry et Rau, t. VII, § 711.

(2) Art. 739.

(3) *Codice civile della Republica e cantone del Ticino*, art. 424, § 1.

(4) 8 janvier 1824.

En Angleterre, depuis la loi de 1882 oui, complétant celle de 1870, crée au profit de la femme mariée et relativement à sa fortune mobilière un véritable état de séparation de biens, elle n'a plus besoin d'aucune autorisation pour accepter les fonctions d'exécutrice.

Une question générale, mais dont l'application à l'exécution testamentaire est très intéressante et très fertile en controverses, est celle de la responsabilité qu'encourt le mari pour les actes que sa femme accomplit avec son autorisation. En d'autres termes, le mari qui, sous le régime de communauté, autorise sa femme à accepter une exécution testamentaire, engage-t-il ses biens personnels et ceux de la communauté comme garantie de la gestion de sa femme?

Tout d'abord, l'article 1419 porte que les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme, « sauf la récompense due à la communauté ou l'indemnité dne au mari ». Et l'article 1409 2° : « La communauté se compose passivement des dettes, tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts, contractée par le mari pendant la communauté ou par la femme du consentemenl du mari, sauf la récompense dans le cas où elle a lieu. »

Ces deux articles semblent formels pour faire admettre la responsabilité du mari dans toutes les obligations contractées par sa femme avec son consentement : dans tous les cas, il sera obligé sauf à faire

valoir son droit à une indemnité dans les obligations dont la femme seule a tiré profit (1).

Cependant, Duranton (2) soutient l'opinion contraire. D'après lui, l'article 1419 a eu pour but de prévenir les fraudes que le mari eût pu facilement commettre au préjudice des tiers, en faisant contracter à sa femme des obligations dont il aurait profité et pour lesquelles les créanciers n'auraient eu de recours que sur les biens de la femme ; « cela ne peut se supposer dans l'acceptation d'une exécution testamentaire confiée à sa femme par le choix d'un testateur et qui ne doit jamais lui profiter. » L'autorisation du mari, sans cette dernière hypothèse, n'a qu'un effet, celui de valider l'engagement pris par sa femme : l'usufruit qu'avait le mari sur les biens de sa femme garantira les obligations de celle-ci mais ses biens personnels ne seront nullement engagés.

Les termes formels et si généraux de l'article 1419 suffisent à faire repousser l'argumentation de Duranton : la loi ne fait aucune distinction sur la nature des obligations que contracte la femme autorisée du mari et qui engagent la responsabilité personnelle de celui-ci : l'interprète n'a pas le droit de restreindre la portée de ce texte.

Troplong (3) donne une autre raison pour écarter de notre hypothèse l'application de l'article 1419 ; il reconnaît tout d'abord que la lettre de ce texte est

(1) Grenier, n° 332 ; Coin-Delisle, art. 1029.
(2) N° 394.
(3) Art. 1029, n° 2016.

contraire à son opinion. Mais, d'après lui « cet article est fondé sur cette présomption, à savoir que le mari a donné son autorisation en vue des intérêts de la communauté et des siens propres. » L'exécution testamentaire étant un office d'ami qu'on n'entreprend pas dans une idée de lucre, il ne peut être question d'intérêt de la communauté ou du mari dans l'acceptation de cette fonction par la femme.

Nous n'admettons pas davantage cette distinction que celle proposée par Duranton.

Lorsque les termes d'un article sont, comme ceux de l'article 1419, ce que reconnaît lui-même Troplong, contraires à une théorie ; lorsque, d'un autre côté, cet article est rédigé assez clairement pour que l'intention du législateur apparaisse formelle et conforme au texte lui-même, si la théorie proposée n'est basée que sur une question d'intention supposée du législateur, elle ne peut être admise et ne soutient pas la critique. La présomption dont parle Troplong est celle d'après laquelle il interprète l'article 1419 et non celle d'après laquelle cet article a été rédigé.

D'ailleurs, la loi réservant une récompense à la communauté et une indemnité au mari prouve que la communauté et le mari peuvent être obligés bien qu'ils n'aient aucun intérêt.

Lorsque la loi a voulu déroger au principe de l'article 1419, elle l'a fait en termes formels comme dans l'article 1413 qui restreint l'action des créanciers de la femme à ses seuls biens personnels.

Au cas d'une succession purement immobilière, les dettes contractées par le défunt passent avec ses biens

à la femme héritière: biens et dettes sont étrangers à la commnnauté. Si le mari intervient en autorisant sa femme, ce n'est pas pour s'obliger envers les créanciers ni pour engager ses biens personnels.

Mais cette exception est d'application stricte et on ne peut l'étendre au cas où une femme accepte une exécution testamentaire. D'ailleurs, si la femme exécutrice a dilapidé les deniers héréditaires et s'est rendue coupable d'infidélités dans sa gestion, il est probable que la communauté en a tiré profit et que le mari a été instruit de la conduite de sa femme. Enfin, s'il peut prouver que sa femme a seule profité de ses dilapidations, il aura droit à une indemnité et la communauté à une récompense.

Donc par l'autorisation qu'il donne à sa femme d'accepter les fonctions d'exécutrice testamentaire, le mari s'oblige personnellement et sa responsabilité sera engagée par les actes qu'elle accomplira en cette qualité.

La règle latine « qui auctor est se non obligat » ne doit pas être appliquée ici. La loi française, il est vrai, a admis cette maxime pour le cas où un conseil judiciaire assiste un prodigue ou un faible d'esprit, et pour celui où une personne assiste un futur époux mineur dans son contrat de mariage.

Mais la situation est toute différente lorsque c'est un mari qui autorise sa femme.

Colmet de Santerre explique très clairement cette différence : « les intérêts du mari et de la femme commune en biens, dit-il, sont tellement mêlés, on peut dire enchevêtrés, que tous les actes

accomplis par la femme et qui lui semblent propres intéressent le mari à un degré plus ou moins élevé, si bien que les tiers risqueraient d'être compromis quand ils croiraient avoir contracté avec le mari parce qu'il jouait dans l'acte un certain rôle dont ils n'auraient pas aperçu exactement le caractère. »

C'est donc personnellement que le mari est tenu des obligations contractées par sa femme d'où, même après la dissolution de la communauté, il pourra être poursuivi pour le total des dettes contractées avec son autorisation.

Cette conséquence peut paraître rigoureuse ; mais le mari est maître absolu d'autoriser sa femme à accepter ou de l'en empêcher : il sait quelles sont les conséquences de son autorisation et ne pourra, par conséquent, reprocher qu'à lui-même la responsabilité qu'il se sera volontairement créée.

La solution que nous donnons ne serait pas modifiée par cette circonstance que le testateur a laissé à la femme exécutrice un legs rémunératoire.

Delvincourt distingue selon la nature du legs pour apprécier les obligations respectives de la femme, du mari et de la communauté. Si la communauté profite du legs, s'il est, par exemple, d'une chose mobilière, d'après les articles 1411 et 1419, les trois patrimoines garantiront l'exécution des obligations contractées par la femme.

Si le legs est d'un immeuble, la femme est seule tenue (1).

(1) Article 1413.

Nous n'admettons pas cette extension à notre hypothèse des articles 1411 et 1419. L'exécution testamentaire est une fonction gratuite dont la nature n'est pas modifiée par le seul fait que le testateur laisse une rémunération à l'exécuteur ; dans tous les cas, les biens du mari, de la communauté et de la femme, doivent garantir les obligations de celle-ci.

Lorsque la femme est légataire en même temps qu'exécutrice, Troplong distingue : s'il résulte du testament que le legs est indépendant de l'exécution, l'autorisation que donne le mari ne peut engager sa responsabilité, puisqu'il ne fait qu'habiliter sa femme pour une fonction qui ne cesse pas d'être gratuite. Si exécution et legs sont intimément liés, l'autorisation du mari n'étant pas complètement désintéressée, il faut le considérer comme obligé personnellement. C'est une conséquence de la théorie de Troplong exposée plus haut et que nous n'avons pas admise.

Le legs ne doit pas être pris en considération et rien ne doit empêcher ici d'appliquer l'article 1419. La logique, d'ailleurs, mène à cette conclusion. Pourquoi la loi exige-t-elle que la femme non séparée de biens obtienne l'autorisation de son mari et pourquoi ne permet-elle pas à la justice d'y suppléer ? C'est parce que l'autorisation donnée par les juges ne permettrait pas d'offrir une garantie suffisante aux légataires et aux héritiers. C'est pour leur donner une sécurité complète qu'on exige le consentement du mari : il faut donc, pour que le but de la loi soit atteint que cette autorisation donnée par le mari, engage sa responsabilité et l'oblige sur ses biens.

Mineur. — Le mineur peut-il remplir les fonctions d'exécuteur testamentaire?

Les coutumes déclaraient le mineur incapable, et son incapacité ne pouvait être suppléée par l'autorisation d'un tuteur. Cependant de Laurière (1) dit que, dès dix-sept ans le mineur peut être exécuteur testamentaire, pourvu que cette fonction ne soit pas pour lui une occasion de procès.

Furgole (2) admet que le mineur, comme d'ailleurs le fils de famille et la femme mariée, peut être nommé exécuteur testamentaire ; si le testateur a connu leur état, les héritiers n'ont pas le droit de s'opposer à l'exécution de cette disposition. Mais le même auteur déclare ensuite que le pupille ne peut pas être nommé exécuteur testamentaire parce qu'il n'a pas un jugement suffisant pour exécuter la commission.

Bacquet (3) cite des auteurs qui refusent cette capacité au mineur qui n'a pas dix-sept ans accomplis. La loi du 1er avril 1872, de l'Etat de l'Illinois, sur l'administration des successions, contient une disposition analogue : elle déclare que toute personne peut être désignée comme exécuteur testamentaire si elle a dix-sept ans au moment de la confection du testament, mais elle ne peut entrer en fonctions qu'à l'âge de vingt-un ans.

D'après Pothier (4), « un mineur ne peut être exé-

(1) *Op. cit.*
(2) Ch. X, sect. IV, nº 84.
(3) *Du droit de bâtardise*, ch. VII, nº 21.
(4) Ch. V, sect. I, art. 1.

cuteur testamentaire parce que, étant restituable contre les obligations qu'il contracte, il ne s'oblige pas efficacement. Mais si ce mineur était émancipé et que l'objet de l'exécution étant peu considérable, les obligations qui pourraient en résulter fussent proportionnées à ses revenus dont l'émancipation lui donne le droit de disposer, il ne devrait pas être exclu de l'exécution ».

Aujourd'hui, bien que les mineurs puissent d'après l'article 1990 être choisis comme mandataires, ils sont incapables d'être exécuteurs testamentaires. Appliquant le principe établi dans l'article 1028, le législateur dit dans l'article 1030 : « Le mineur ne pourra être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur. »

Ce texte a été rédigé dans des termes très généraux et avec intention. Par les quelques opinions d'anciens auteurs que nous avons données, on a vu les divergences qui les séparaient au sujet de cette capacité particulière du mineur. On distinguait le mineur de 17 ans, celui de 21 ans, le mineur en tutelle et celui en curatelle : chacun d'eux avait une capacité spéciale. L'article 1030 comprend dans sa disposition toutes ces catégories d'incapables. L'intervention d'un tuteur n'a aucun effet sur l'incapacité du mineur et il ne peut en être différemment.

Dans notre droit, en effet, le mineur n'agit pas avec l'autorisation de son tuteur, c'est celui-ci qui, d'après l'article 450, le représente dans tous les actes civils.

Donc, en réalité, l'intervention du tuteur ferait de

lui un exécuteur testamentaire, mais l'incapacité du pupille n'en serait pas modifiée.

L'article 1030 se termine par le mot « curateur » qui est destiné à faire rejeter la doctrine de Pothier et à empêcher toute distinction entre le mineur en tutelle et le mineur émancipé (1). Ce dernier a, il est vrai, une certaine capacité dont est privé le mineur en tutelle, mais cette capacité restreinte n'a pas paru à la loi suffisante pour garantir les intérêts des héritiers.

La nomination d'un mineur comme exécuteur testamentaire ne peut donc, en aucun cas, produire son effet : qu'adviendra-t-il alors d'un legs fait par le testateur conjointement à la nomination. Delvincourt (2) distingue : si le testateur a cru le légataire majeur, le legs est caduc, car il a été fait sous une condition qui ne peut être accomplie. Mais si le testateur connaissait la minorité, la condition est contraire aux lois et doit être réputée non écrite.

Cette distinction ne nous semble pas devoir être admise : en effet, d'où vient l'incapacité du mineur? Uniquement de la loi et peu importe l'opinion du testateur sur l'âge du légataire.

Il faut donc résoudre la question en dehors des idées du testateur ; le legs est-il lié intimement à la nomination, l'incapacité du mineur fait de celle-ci une condition impossible réputée non écrite et le legs est pur et simple ; il en sera de même *a fortiori* si le

(1) Fenet, *Travaux préparatoires*, t XII, p. 463.
(2) T. II, p. 376, notes.

legs est indépendant de la charge. Troplong (1), tout en repoussant comme nous la distinction proposée par Delvincourt, n'admet l'exécution du legs que si le testateur ne semble pas avoir voulu la subordonner à l'accomplissement de la condition.

L'article 900 nous empêche d'admettre cette opinion qui tient compte, en effet, d'une condition impossible que la loi déclare « non écrite ».

Par analogie avec le mineur, il faut déclarer incapables d'accepter une exécution testamentaire les autres personnes qui ne peuvent s'obliger physiquement ou légalement.

Furgole fait lui-même cette assimilation : « Le furieux, l'insensé ou l'imbécile étant incapables de réflexion, de donner un consentement délibéré et par conséquent de toutes sortes de contrats, ne peuvent pas sans difficultés être nommés utilement exécuteurs testamentaires. Leur incapacité est même plus grave que celle du pupille parce que « furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit » (2).

Le prodigue ne peut davantage, d'après Furgole, être exécuteur testamentaire : « Il y aurait indécence d'admettre à l'administration du bien d'autrui une personne à laquelle l'administration de ses propres biens a été ôtée pour la commettre à une autre ».

Par interprétation des articles 1028 et 1030, il faut déclarer incapables d'être exécuteurs : l'interdit, qui d'après l'article 509, doit être assimilé au mineur pour

(1) N° 2018.

(2) § 8, *Inst. De inut. stip.* (III, 20).

sa personne et pour ses biens (1) ; l'individu auquel a été nommé un conseil judiciaire, pour la raison indiquée par Furgole à propos du prodigue (2) ; enfin, l'individu placé dans un établissement d'aliénés (3).

Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 16 avril 1883 (4) a étendu l'incapacité édictée pas l'article 1030 pour les mineurs, aux communes. D'après cet arrêt, une commune ne peut ni ne doit, pas plus qu'un établissement public, assumer la mission perpétuelle de gérer des biens absolument étrangers aux services dont elle est investie par la loi, pour en remettre les revenus à un tiers ou à un autre établissement public légalement représenté, sans en retirer un bénéfice elle-même.

Ces décisions nous paraissent très justes et conformes aux principes du droit : une personne civile, en effet, n'a de personnalité que pour l'objet spécial qui la lui a fait conférer ou reconnaître (5).

La grande majorité des législations étrangères, admet ces diverses incapacités : en Angleterre cependant, les mineurs peuvent être exécuteurs même avant leur naissance « en ventre sa mère » : ils sont suppléés dans leur office jusqu'à la majorité par leur

(1) Art. 502, 1125.

(2) Art. 499, 513,

(3) Loi du 30 juin 1838, art. 39.

(4) D. P. 85, 2, 27.

(5) Av. Cons. d'Etat, 13 av. 1881, D. P. 82, 3, 21, 2 déc. 1881, D. P. 82, 3, 23.

tuteur ou une autre personne désignée par la « Probate Division » de la Haute-Cour (1).

Une incapacité spéciale à la loi russe frappe les employés de lazarets qui ne peuvent être exécuteurs des personnes qui ont testé dans ces établissements.

Insolvables. — La loi n'exigeant de l'exécuteur testamentaire que la capacité de s'obliger, on ne peut écarter de cette fonction un individu insolvable.

Pothier (2) se demandait « si un homme sans biens pouvait être exécuteur testamentaire », et il répondait qu'on ne pouvait guère refuser de l'admettre, « car les héritiers ne sont pas recevables à demander qu'il justifie sa solvabilité ni encore moins qu'il donne caution : le testateur ayant suivi sa foi, les héritiers doivent la suivre ».

De même le droit moderne n'admet pas comme empêchement à l'acceptation des fonctions d'exécuteur, la pauvreté, l'insolvabilité de la personne désignée par le testateur (3). Même si cet exécuteur insolvable a reçu la saisine du mobilier, les héritiers et les légataires ne peuvent exiger de lui qu'il donne une caution. Mais si une personne, solvable au moment de la confection du testament qui la nomme exécutrice testamentaire, faisait faillite ou tombait en déconfiture avant la mort du testateur, sa nomination

(1) Stephen, II, 190.

(2) *Don. Test.*, ch. V, sect. I, art. 1. — Furgole, ch. X, n° 50.

(3) Grenier, t. III, n° 333. — Coin-Delisle, *op. cit.*, n° 10.

devrait-elle être maintenue ou les héritiers et les légataires pourraient-ils la faire révoquer par les juges?

Deux hypothèses doivent être distinguées :

Si le testateur a eu connaissance du changement survenu dans les affaires et la fortune de la personne qu'il a choisie comme exécuteur, et si, malgré cela, il n'a pas modifié ses dispositions, rien ne saurait autoriser les héritiers ou les légataires à écarter l'exécuteur désigné. Demolombe, semble cependant admettre que, même dans ce cas, les héritiers et les légataires pourraient demander la déchéance de l'exécuteur, qu'il faut supposer n'avoir été nommé que sous la condition tacite qu'il ne tomberait ni en faillite ni en déconfiture.

Mais si le testateur a ignoré la ruine de l'exécuteur, certains auteurs (1) appliquent l'article 2003 du Code civil, qui indique la faillite et la déconfiture comme des causes de cessation du mandat.

Ils présument que le testateur n'aurait pas maintenu sa nomination s'il avait connu la nouvelle situation de son exécuteur.

Troplong admet même cette solution dans le cas où l'exécuteur est devenu insolvable après son entrée en fonctions.

Nous croyons que, dans toutes les hypothèses, la

(1) Pothier, ch. V, sect. I, art. 1. Grenier, t. I, n° 333. Troplong, t. III, n° 2013. Vazeille, art. 1028, n° 2. Demolombe, t. V, n° 33.

nomination de l'exécuteur doit être maintenue et que ni les héritiers ni les légataires ne peuvent demander aux tribunaux la révocation d'un exécuteur devenu insolvable même à l'insu du testateur.

On ne peut argumenter de l'article 2003 pour accorder ce droit aux héritiers et aux légataires. Si le législateur fait cesser le mandat au cas de faillite ou de déconfiture du mandataire, c'est que le mandant est vivant et pourra pourvoir à la gestion de ses affaires soit par lui-même, soit en nommant un autre mandataire.

Dans l'exécution testamentaire, permettre aux héritiers de faire révoquer l'exécuteur insolvable alors qu'ils n'ont pas le pouvoir d'en nommer un autre, c'eût été leur donner le droit de se charger eux-mêmes de l'exécution, en violation formelle du testament. De quelle importance est la fortune privée de l'exécuteur au point de vue des fonctions qu'il a à remplir ? C'est l'argent de la succession avec lequel il paiera les legs et les dettes ; la saisine du mobilier lui permettra de faire face aux autres nécessités pécuniaires et sa fortune personnelle n'est nullement mise en cause.

On craint peut-être que l'insolvabilité, la pauvreté de l'exécuteur, ne le poussent à détourner à son profit des sommes dépendant de la succession ; mais, contre ce danger, qui d'ailleurs ne doit pas être admis d'une façon générale, les héritiers sont protégés par la reddition de compte qui terminera la gestion de l'exécuteur.

De plus, si les héritiers ou les légataires faisaient

la preuve de ces dilapidations, ils pourraient obtenir la révocation de l'exécuteur, mais ce serait pour infidélité, pour malhonnêteté et non pour simple insolvabilité ; l'action devrait être portée devant les tribunaux correctionnels, non devant les tribunaux civils.

Enfin, l'article 1027 sauvegarde d'une façon complète les droits des héritiers ; ceux-ci pourront, en effet, dans tous les cas, faire cesser l'exécution sans même recourir aux tribunaux et n'auront pour atteindre ce résultat qu'à justifier le paiement des legs (1).

Ce n'est donc pas sacrifier les intérêts des héritiers que leur refuser le droit de faire révoquer l'exécuteur insolvable.

SECTION III

LE MANDAT DE L'EXÉCUTEUR EST DÉLIMITÉ PAR LA LOI

Les règles spéciales à l'exécution testamentaire que nous avons étudiées jusqu'ici sont toutes des limitations apportées aux droits d'un mandant ordinaire. Celui-ci, en effet, est son seul maître pour juger des pouvoirs nécessaires au mandataire pour remplir sa fonction et arriver au but qu'il doit atteindre : il peut étendre ou restreindre, comme il l'entend, les pouvoirs et les obligations de celui qu'il a

(1) Coin-Delisle, n° 10. Saintespès-Lescot, t. V, n° 1560.

choisi pour le représenter pourvu qu'il s'agisse de faits licites.

Si l'exécution testamentaire doit être considérée comme un mandat, elle est un mandat légal, limité et déterminé par la loi. Le mode de nomination, les pouvoirs que le testateur peut conférer, la capacité requise de l'exécuteur, ses obligations, sa responsabilité, tout ce qui concerne son mandat, en un mot, est prévu et réglementé par les articles 1025 à 1034 du Code civil. Ces articles sont-ils limitatifs, fixent-ils irrévocablement les pouvoirs que le testateur peut conférer à son exécuteur, ou lui laissent-ils le droit de les étendre selon qu'il lui paraîtra nécessaire ?

Cette question est très controversée. Deux principes sont en présence : d'abord, il faut, en effet, sauvegarder les intérêts des héritiers et ne pas laisser au testateur le pouvoir absolu de limiter et de restreindre arbitrairement leurs droits ; mais, d'un autre côté, la loi, accordant à un testateur le droit d'assurer par le choix d'un exécuteur testamentaire le respect de ses dernières volontés et l'accomplissement de ses suprêmes dispositions, doit lui donner le moyen d'atteindre ce but et lui permettre de fixer pour cela les pouvoirs de son exécuteur : la loi ne peut prévoir les circonstances si variables qui, dans chaque espèce, accompagnent l'exécution d'un testament : aussi ses dispositions ne doivent être que des règles générales dont chaque testateur fera lui-même les applications qui lui sembleront nécessaires.

L'interprétation restrictive se base sur le caractère exceptionnel du mandat de l'exécuteur testamentaire

et sur la forme impérative des articles 1026, 1028, 1029 et1030. Elle a été soutenue par Bayle-Mouillard sur Grenier (1), par Grenier (2) et par Zachariæ (3).

D'après ces auteurs, le défunt cessant d'être propriétaire au moment de son décès et la propriété passant de plein droit sur la tête de ses héritiers, celui qui ne vit plus n'a plus de droits et ne peut restreindre ceux des vivants. Libre de ne rien laisser à ceux qu'il a institués ses légataires, le testateur ne peut leur transmettre qu'une propriété telle que la loi l'organise et non soumise aux limites qu'il lui plaira de lui donner.

Les auteurs qui soutiennent que les dispositions légales sur les pouvoirs des exécuteurs testamentaires sont limitatives, argumentent encore de la tradition. Ils citent Pothier (4) qui refuse au testateur le droit d'étendre la saisine que la loi lui permet de donner à son exécuteur; c'est aussi l'opinion de Ricard. Ce que ces auteurs disent de la saisine doit être appliqué par analogie à tous les pouvoirs que le testateur peut accorder à son exécuteur.

Ces arguments ne nous semblent pas décisifs ni cette théorie admissible.

Un mort n'a plus de droits, il cesse d'être propriétaire au moment de son décès et ne peut restreindre les droits des vivants : tel est le premier argument.

(1) Tome I, nº 153
(2) Tome III, nº 331.
(3) § 715. Texte et note 25.
(4) Don. Test, nº 217.

Mais la loi permet de faire un testament, c'est-à-dire de disposer de ses biens pour après sa mort, d'exprimer une volonté qui devra être exécutée lorsqu'on aura cessé de vivre ; c'est déjà reconnaître un certain droit au défunt, celui d'être obéi et respecté dans ses dispositions de dernière volonté. Pour assurer ce respect, pour exécuter ces dispositions, le législateur a, en outre, permis à celui qui fait un testament, d'y désigner une personne qui devra en surveiller l'accomplissement et contribuer elle-même à son exécution. Les pouvoirs reconnus à cette personne, pouvoirs qui naissent de la volonté du testateur, ne s'exerceront en réalité que lorsque celui-ci sera mort : la loi les admet cependant et accorde ainsi au défunt un autre droit qui lui survivra, celui d'être représenté par son exécuteur.

Par le testament, on se survit à soi-même, par son exécuteur testamentaire on agit encore après sa mort ; si la loi l'a permis, elle a virtuellement autorisé le testateur à fixer lui-même les pouvoirs de celui qui doit le représenter ; sans cette liberté, le but de l'exécution testamentaire ne serait qu'imparfaitement réalisé. C'est le sens d'un arrêt de Douai du 26 août 1847 : « L'étendue des pouvoirs que le testateur peut conférer à ses exécuteurs testamentaires doit être corrélative à celle des dispositions testamentaires elle-mêmes.

Le second argument invoque l'opinion de Pothier et assimile à la saisine tous les pouvoirs que le testateur peut donner à son exécuteur. La saisine est un empiètement direct sur les droits des héritiers, et

de nos jours aussi, le testateur n'a pas le droit de l'étendre au-delà des limites légales. Une semblable extension serait d'ailleurs purement arbitraire et vexatoire ; les motifs pour lesquels la loi permet de donner la saisine du mobilier à l'exécuteur n'existent pas pour les immeubles ; les droits des légataires sur cette partie des biens sont garantis par l'inscription qu'ils peuvent prendre et par la séparation des patrimoines qu'ils peuvent demander. Une extension de la saisine ne remplirait donc pas la première condition que nous exigerons de tout droit donné par le testateur à son exécuteur, en dehors de l'énumération légale ; elle ne serait pas utile à l'exécution d'une disposition testamentaire.

On ne peut donc assimiler la saisine aux autres pouvoirs que le testateur peut accorder à son exécuteur et le second argument de la théorie restrictive n'est pas pour elle un meilleur appui que le premier. Enfin, dans notre ancien droit, Furgole (1) accorde au testateur la faculté de donner à l'exécuteur tous les pouvoirs qu'il croit nécessaires : « quand un testateur a donné le pouvoir d'exécuter sa volonté, il est censé avoir donné la faculté de mettre en usage tout ce qui est nécessaire pour parvenir à une pleine et entière exécution ».

Les articles 1025 à 1034 énumèrent simplement les fonctions générales des exécuteurs testamentaires, mais n'ont nullement pour but de fixer dans des limi-

(1) Ch. X, sect. IV, n° 17.

tes précises les pouvoirs qu'ils peuvent recevoir du testateur (1).

La raison pour laquelle nous admettons cette théorie suffit à elle seule pour faire imposer cependant certaines limites à la faculté que nous reconnaissons au testateur. Si celui-ci n'est pas tenu de se borner à l'énumération légale, c'est qu'il est maître d'assurer l'exécution de ses dernières volontés : par conséquent, il ne pourra, en aucun cas, donner d'autres pouvoirs à son exécuteur que ceux qui tendront à la réalisation de ce but. Il devra, en outre, comme tout mandant, ne conférer à son exécuteur que des fonctions qui ne soient contraires ni aux prohibitions de la loi, ni à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Donc les attributions que le testateur accordera à son exécuteur en dehors des termes de la loi devront :

1° Tendre à l'exécution d'une disposition testamentaire ;

2° Ne pas être en opposition avec les prescriptions légales ;

3° Etre conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Nous ne pouvons prévoir et énumérer les différentes clauses qui se présenteront dans les testaments ; les arrêts de jurisprudence, assez nombreux sur cette matière, nous fourniront des exemples des droits que le testateur peut donner à son exécuteur

(1) Vazeille, art. 1031, n° 12. — Troplong, t. IV, n° 2026. — Demolombe, t. V, n° 84. — Aubry et Rau, t. VII, § 711.

I. — La nécessité de la première condition a fait refuser au testateur le droit de conférer à son exécuteur testamentaire l'administration des biens dont il laisse la propriété à ses héritiers sans en avoir disposé au profit d'une autre personne (1).

Le testateur ne pourrait pas davantage charger son exécuteur de partager entre les héritiers la succession, de recevoir les rapports de ceux qui les doivent, de vendre s'il y a lieu les biens, de composer les lots revenant à chacun et de les leur distribuer, en un mot de liquider la succession (2).

Serait certainement nulle la disposition par laquelle un testateur chargerait un tiers de choisir et désigner lui-même les héritiers ou légataires (3).

Mais la Cour de Metz a déclaré valable la disposition testamentaire par laquelle le testateur, après avoir légué à plusieurs personnes conjointement une quotité déterminée de la succession, confie à un tiers le soin d'en faire la répartition entre les légataires et dans la proportion qu'il jugera la plus convenable (4).

Cet arrêt semble contraire au principe qui interdit de faire dépendre les dispositions testamentaires de la volonté d'un tiers, mais ce n'est qu'un arrêt d'espèce et sa décision a été peut-être déterminée par

(1) Lyon, 26 août 1864, S., 65, 2, 254. Confirmé en Cassation le 20 mai 1867, S., 67, 1, 292.

(2) Bruxelles, 26 fév. 1818, D. alp., *loc. cit.*, n° 4025.

(3) Agen, 25 nov. 1861, S., 62, 2, 17.

(4) 13 mai 1864, S., 64, 2, 132.

cette circonstance que l'exécuteur était le père des légataires.

Il n'y a plus la même raison pour hésiter à reconnaître au testateur qui ne laisse pas de réservataires le droit de charger son exécuteur, de liquider sa succession et de distribuer le produit de la liquidation entre ses légataires proportionnellement aux dispositions que le testament contient à leur profit. Il en serait ainsi même en présence d'un légataire universel ; en effet, la saisine que lui accorde l'article 1006 ne lui donne de droits que dans la mesure et d'après les termes du testament (1).

Un arrêt de la cour de Metz a déclaré valable la clause par laquelle un testateur ne laissant pas de réservataires, prescrit à son exécuteur testamentaire de vendre ses immeubles même *sans formalités de justice* pour en distribuer le prix après l'acquittement des charges, entre ses héritiers naturels qu'il appelle à sa succession, dans la proportion déterminée par la loi (2).

Un arrêt plus récent de la cour de Lyon (3) se prononce en sens contraire : d'après lui, l'exécuteur testamentaire que le testateur a chargé d'aliéner tous ses immeubles sans lui imposer pour cela ni formes, ni délai, ne peut en l'absence de réservataires mais en présence de bénéficiaires, procéder à l'amiable à la vente partielle des immeubles.

(1) Douai, 27 déc. 1848. D. P. 49. 5. 393.
(2) 13 mai 1869 ; S. 70. 2. 20.
(3) 20 mai 1896 ; D. P. 96. 2. 273 ; S. 99. 2. 209.

Lorsque le testateur laisse des héritiers à réserve, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse conférer les mêmes pouvoirs à son exécuteur sur la portion de biens disponible, pourvu qu'il laisse la réserve intacte. Il a été jugé, par exemple, que la disposition par laquelle le testateur attribue d'abord à son fils la réserve qui lui appartient, et charge ensuite son exécuteur testamentaire de vendre les biens formant la quotité disponible et d'en placer le prix en une rente viagère incessible et insaisissable au profit de son fils, était valable (1).

L'exécuteur testamentaire ne peut être chargé du paiement des dettes et ne peut être valablement actionné par les créanciers de la succession. Cela résulte de la combinaison des articles 1027 et 1031, alinéa 3, qui prouvent que le législateur a voulu restreindre les fonctions de l'exécuteur à l'acquittement des legs (2); la question, toutefois, a été controversée.

L'exécuteur testamentaire n'a mandat de veiller à l'exécution du testament que lorsque le légataire est en situation d'en profiter. Il n'a pas qualité pour se constituer le mandataire d'un institué absent pour accepter la succession en son nom, même s'il était prouvé que cet institué existait au moment du décès du testateur (3).

Le testament n'est pas toujours conçu en termes

(1) Paris, 7 fév. 1850; D. P. 52. 2. 46.

(2) Grenier, t. I, n° 331. Demolombe, t. XXII, n° 75. — *Contra :* Toullier, t. V, n° 591. Marcadé, sur art. 1031, n° 2.

(3) Poitiers, 22 janv. 1882. D. P., 84, 2, 165.

très précis et laisse subsister des doutes sur les pouvoirs que le testateur a voulu donner à son exécuteur; la question d'intention sera tranchée par le juge du fait (1). Telle est la jurisprudence récente de la Cour de Cassation.

Le testateur qui n'a pas d'héritiers à réserve, pouvant librement disposer de ses biens, peut charger un tiers de trier et détruire ses papiers et ses lettres inutiles (2). L'exécuteur testamentaire chargé de cette mission peut procéder au triage et à la destruction de ces papiers hors de la présence de l'héritier.

Un arrêt plus récent (3) maintient cette jurisprudence et écarte les héritiers en termes plus formels; d'après cet arrêt, le testament par lequel un testateur n'ayant pas d'héritier à réserve charge son exécututeur testamentaire de détruire tous ses papiers intimes, peut être considéré comme ayant pour effet de dépouiller de tous droits sur ces papiers ses héritiers légitimes comme son légataire universel : dès lors ceux-ci ne peuvent demander la communication des papiers remis à l'exécuteur testamentaire.

Enfin, un jugement récent du tribunal de Lille (4) énonce formellement le droit pour le testateur de donner à son exécuteur des pouvoirs plus étendus que ceux fixés par l'article 1031, pouvoirs nécessaires à l'exécution du testament et non contraires au

(1) Req., 26 janv. 1886. S. 87, 1, 214.
(2) Req. 26 janv. 1886, arrêt précité.
(3) Cass. 11 juin 1890, S 90, I, 472.
(4) 19 mai 1892, D. P., 93, 2, 311.

mandat qui leur est confié, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Spécialement l'exécuteur peut recevoir la faculté de faire mainlevée avec désistement de toutes inscriptions hypothécaires avant ou après paiement, le tout hors de la présence et sans l'intervention des héritiers ou légataires universels.

Ce dernier jugement est la consécration formelle de notre théorie par la jurisprudence.

II. — La seconde condition pour que les pouvoirs conférés par le testateur à son exécuteur soient valables est qu'ils ne soient pas contraires aux dispositions impératives ou prohibitives de la loi. Par exemple, le testateur ne pourra donner la saisine du mobilier au delà de l'an et jour, ni celle des immeubles : l'article 1026 le défend.

En outre, l'exécuteur ne pourra être valablement dispensé de faire inventaire (1).

III. — La troisième condition n'est que l'application de la règle générale édictée dans l'article 900 et qui s'applique aussi bien au mandat ordinaire qu'à l'exécution testamentaire : les pouvoirs conférés à l'exécuteur ne doivent pas être contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ainsi, on ne peut admettre aujourd'hui l'usage dont parle Furgole (2), qui permettait aux testateurs d'ordonner que leurs biens seraient distribués par leur exécuteur testa-

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, tome VII § 711. — Demolombe, t. V, n° 97.

(2) Ch. X, sect. IV, n° 57.

mentaire comme bon lui semblerait, et sans désigner les personnes qui prendraient part à cette distribution : cette disposition est nulle comme faite à personnes incertaines (1).

On ne pourrait maintenir également la clause qui institue l'exécuteur testamentaire arbitre obligatoire des contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers et les légataires pour les trancher sans appel. Cette disposition est contraire à l'ordre public comme privant un propriétaire du droit qu'il a de recourir aux tribunaux pour faire reconnaître et respecter ses droits : elle viole en même temps l'article 1005 du Code de procédure qui veut que l'arbitre soit librement choisi par les parties.

Les législations étrangères règlent d'une façon différente les pouvoirs des exécuteurs testamentaires et laissent aux testateurs d'une façon générale une plus grande liberté.

Le Code du canton de Zurich donne comme limites aux droits et attributions de l'exécuteur les exigences du mandat qui lui est confié. Tout ce qui est nécessaire à l'accomplissement parfait de ces dernières volontés, l'exécuteur a le devoir de s'en charger et le droit de l'entreprendre, formalités, paiement, actions en justice, administration des biens, etc.

Le Code russe ne permet pas de laisser à l'exécuteur la liberté de choisir le bénéficiaire d'un legs, tandis qu'en Esthonie et en Livonie le testateur peut ne pas préciser toutes ses dispositions et s'en rappor-

(1) Toullier, t. III, n° 587. — Duranton, t. IX, n° 408.

ter pour l'accomplissement de ses intentions à son exécuteur testamentaire (1).

La loi du 18 avril 1889 des Massachusetts, donne aux administrateurs et aux exécuteurs testamentaires le droit de trancher avec l'autorisation de la Cour suprême les différends survenus entre les légataires et les héritiers naturels.

Le droit allemand avant la rédaction du dernier Code civil reconnaissait des droits très étendus au testateur : il pouvait donner à son exécuteur le pouvoir de trancher en qualité d'arbitre les contestations survenues entre les héritiers, ou le charger d'interpréter d'une façon décisive et sans appel les dispositions du testament :

On reconnaissait même parfois au testateur le droit de donner à son exécuteur la faculté soit de préciser le chiffre d'un legs, soit d'en désigner le bénéficiaire (2) On a même discuté sur le point de savoir si le *de cujus* pouvait chargé l'exécuteur de désigner son héritier, mais il n'y a pas de texte en ce sens.

Le nouveau Code civil allemand consacre aux attributions et aux droits de l'exécuteur testamentaire les articles 2203 à 2221. D'après cette législation, l'exécuteur doit liquider la succession entre les héritiers (3) : il doit administrer et a le droit d'aliéner les objets faisant partie de la masse, de contracter des obligations pour elle, pourvu que tous ces actes

(1) Cod. balt., 2117.
(2) Roy. sax, 2086.
(3) Art. 2204.

soient nécessités par une bonne administration (1).

Le testateur peut ordonner que l'exécuteur ne sera pas limité dans le droit de contracter des obligations pour la masse (2) : mais il devra toujours justifier ses actes par les besoins de l'administration : celle-ci peut durer jusqu'à la mort de l'héritier ou de l'exécuteur, si le testateur l'a ainsi voulu (3); dans tous les cas, l'héritier peut exiger un compte annuel (4).

C'est le testament qui fixe les règles de l'administration de l'exécuteur (5) : cependant le tribunal peut les modifier si l'exécuteur ou un intéressé le demande.

La liberté laissée au testateur au sujet des droits qu'il peut accorder à son exécuteur n'est cependant pas absolue. Il ne peut le dispenser : de faire inventaire, d'administrer d'une façon régulière, d'être tenu des dommages-intérêts au cas où il viole les obligations qui lui incombent et porte préjudice à l'héritier ou aux légataires : d'une façon générale, le testateur ne peut soustraire l'exécuteur aux règles qui régissent les rapports ordinaires d'un mandant et d'un mandataire, par exemple, pour le remboursement à l'héritier des sommes que la gestion procure à l'exécuteur et pour l'intransmissibilité de la fonction.

(1) Art. 2205, 2206.
(2) Art. 2207.
(3) Art. 2210.
(4) Art. 2218.
(5) Art. 2218.

Conclusion.

L'ancienneté de l'institution des exécuteurs testamentaires et l'unanimité des législations à l'admettre et à la réglementer prouvent que malgré l'évolution des sociétés elle est restée la conséquence aussi logique que juridique du droit de tester.

Soit par méfiance de leurs héritiers, soit par désir de leur épargner les ennuis et les soucis de l'exécution de leurs dernières dispositions, les testateurs ont bien souvent recours aujourd'hui aux soins d'un ami dévoué.

Il est donc nécessaire d'établir avec certitude et précision les règles qui régissent cette institution. Malgré les ressemblances qui la rapprochent du mandat ordinaire, on ne peut appliquer à l'une et à l'autre indifféremment les mêmes règles. L'exécution testamentaire, il ne faut pas l'oublier, est d'une nature toute exceptionnelle et l'intérêt du testateur ne doit pas faire négliger les droits des héritiers.

Si les règles du mandat ne sont pas susceptibles de préciser les pouvoirs du testateur et de fixer les

limites de sa liberté, les articles 1025 à 1034 de notre Code sont aussi insuffisants : ce sont donc les tribunaux qui sont appelés à se prononcer en cette matière d'après les circonstances de fait de chaque espèce.

C'est là une source de procès et il serait à désirer que le législateur français suivant la même voie que le nouveau Code civil allemand, mît fin à ces incertitudes en précisant les dispositions légales qui régissent cette matière, et en sanctionnant législativement l'extension donnée aux fonctions des exécuteurs testamentaires par la jurisprudence la plus récente.

Vu : *le Président de la Thèse,*

E. WALLON.

Vu : *Le Doyen de la Faculté de Droit,*

J. PAGET.

Vu et permis d'imprimer :

Toulouse, le 29 novembre 1899.

Le Recteur,
Président du Conseil de l'Université,

PERROUD.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

Historique. — Origines et Développement.

Théorie de l'origine romaine. — Théorie de l'origine purement française. — Théorie de l'origine germanique. — Développement dans les coutumes. — Influence de l'Eglise. — Législation coutumière.. 11

DEUXIEME PARTIE

Nature de l'exécution testamentaire.

Introduction..... 37
Plan. — Sa justification..... 37

CHAPITRE PREMIER

DIFFÉRENCES ESSENTIELLES ENTRE LE MANDAT ORDINAIRE ET L'EXÉCUTION TESTAMENTAIRE

I. Le mandat de l'exécuteur commence à la mort du mandant..... 40

II. Doutes sur la personne du mandant. — Réfutation de la théorie qui déclare mandants, les héritiers et les légataires. — L'exécution testamentaire est un mandat, mais d'une nature particulière..... 43

CHAPITRE II

RÈGLES GÉNÉRALES DU MANDAT APPLICABLES A L'EXÉCUTION TESTAMENTAIRE

SECTION PREMIÈRE. — *L'exécuteur peut refuser la charge.* — Pas d'excuses à alléguer..... 46

SECTION II. — *L'acceptation est irrévocable.* — Acceptation tacite. — Exceptions à l'irrévocabilité. — Art. 2007. — En cas de refus ou de révocation d'acceptation qui exécutera ? — Les tribunaux peuvent-ils nommer un remplaçant ? Non. — Le testateur le peut-il ? Oui..... 48

Les héritiers exécuteront..... 53

SECTION III. — *Pas de capacité spéciale de remplir une fonction publique.* — Législation des coutumes. Législation actuelle : Femme, étranger, héritier ou légataire, tuteur ou conseil de tutelle, notaire ou témoins. — D'où pas de caution à donner.... 54

SECTION IV. — *Gratuité.* — Législation romaine. — Coutumes. — Législations étrangères..... 61

Législation actuelle : Incapables de recevoir un legs : Tuteurs, enfants naturels, docteurs en médecine, pharmaciens, prêtres, conjoints en secondes noces. — Du diamant : Capacité à son sujet des incapables de recevoir un legs. — Rapport du legs et de la charge : Cas d'acceptation tacite ; pouvoir

d'interprétation des tribunaux ; nomination et gratification d'un incapable d'accepter le mandat : mineur, femme mariée ; legs fait à un proche parent de l'exécuteur..... 64

Section V. — *Obligation de rendre compte* : 1° Dans quel cas et à quelle époque l'exécuteur doit-il rendre compte ? Nature de la saisine. Ses effets. Durée de la saisine..... 78

2° A qui les comptes doivent-ils être rendus ?..... 91

3° Devant quel tribunal ? Législation coutumière. Droit actuel. Controverses..... 94

4° Composition du compte. Recettes. Dépenses. Balance. A qui est attribué le reliquat ?..... 98

5° Responsabilité de l'exécuteur. Exécuteur « of, his wrong. » Cas de plusieurs exécuteurs. Solidarité..... 104

6° Dispense de rendre compte. Le legs du reliquat fait à l'exécuteur est valable. Nullité de la dispense de rendre compte..... 111

Section VI. — *Extinction des fonctions* : Mort de l'exécuteur. Personnes morales. Renonciation..... 115

CHAPITRE III

RÈGLES SPÉCIALES A L'EXÉCUTION TESTAMENTAIRE

Section première. — Mode de nomination. Testament. Codicille. Pas d'expressions sacramentelles. Législations étrangères..... 119

Section II. — *Capacité de s'obliger* : Requise à l'époque de l'exécution..... 127

Femme mariée : Régimes matrimoniaux. Respon-

sabilité du mari qui a autorisé. Femme légataire et exécutrice 129

Mineur : Prodigue. Interdit. Individu ayant un conseil judiciaire Communes..... 139

Insolvables : Ils sont capables..... 144

Section III. — *Le mandat de l'exécuteur est délimité par la loi* : Les articles 1025 à 1034 sont-ils limitatifs? Première théorie : Interprétation restrictive. Deuxième théorie : Interprétation extensive. Cette dernière doit être admise : c'est celle de la jurisprudence, de la législation étrangère, du nouveau Code civil allemand... 147

Conclusion 161

Toulouse. — Imp. Saint-Cyprien, allées de Garonne, 27.